UNIVERSITÉ DE LAUSANNE — FACULTÉ DE DROIT

Le partage des compétences entre l'Etat et la commune en droit suisse

THÈSE

de licence et de doctorat
présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

par

Philippe DAHINDEN
Licencié en droit
Licencié ès sciences politiques

1977

Lausanne
Imprimerie Vaudoise
1979

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546820_0014

Le partage des compétences entre l'Etat et la commune en droit suisse

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE — FACULTÉ DE DROIT

Le partage des compétences entre l'Etat et la commune en droit suisse

THÈSE

de licence et de doctorat
présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

par

Philippe DAHINDEN

Licencié en droit
Licencié ès sciences politiques

Lausanne
Imprimerie Vaudoise
1979

IMPRIMATUR

Le Conseil de la Faculté de droit, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, autorise l'impression de la thèse de M. Philippe Dahinden, candidat à la licence et au doctorat en droit, intitulée : « Le partage des compétences entre l'Etat et la commune en droit suisse ».

Lausanne, le 10 mai 1977.

Le doyen de la Faculté de droit :
Pierre Moor.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

A mes parents
A la mémoire de mon frère
A Margot

Avant-propos

Avec l'aide du Fonds national de la recherche scientifique et de la Ville de Lausanne, nous avions participé de 1970 à 1972 à une recherche pluridisciplinaire sur les communes suisses et leur autonomie. Ce premier travail, ainsi que l'intérêt pour le droit public qu'avaient su susciter en nous nos professeurs à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, feu M. Zwahlen et M. Bridel, sont à l'origine du choix de notre sujet.

Nous prions M. le professeur Jean-François Aubert de bien vouloir trouver ici l'expression de notre vive gratitude pour l'attention bienveillante qu'il a portée à notre travail, la disponibilité et la patience qu'il a manifestées à notre égard, ainsi que pour les conseils empreints de clarté qu'il nous a donnés tout au long de l'élaboration de notre thèse.

Notre reconnaissance profonde et amicale va également à tous ceux qui, de près ou de loin, nous ont fourni sans compter leur aide, leurs encouragements, ou encore l'indispensable documentation. Nous pensons plus spécialement à M[e] Philippe Jaques, dont l'amitié qu'il nous a témoignée est pour beaucoup dans l'achèvement de ce travail, à son épouse Pierrette Jaques, qui a passé d'innombrables heures à mettre au net avec virtuosité un manuscrit parfois rébarbatif, à M[lle] Lise Wegmüller, fidèle collaboratrice, ainsi qu'à notre ami Jacques Meylan, lequel a bien voulu relire les épreuves d'imprimerie et nous faire part de ses observations. Nous n'oublions pas enfin nos parents et notre compagne, dont la compréhension fut pour nous un précieux appui moral.

Que M. le Juge fédéral André Grisel, ancien président de notre Cour suprême, soit également remercié pour nous avoir autorisé à consulter la jurisprudence non publiée du Tribunal fédéral.

Table des abréviations

ACF	Arrêté du Conseil fédéral
AF	Arrêté de l'Assemblée fédérale
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral (Lausanne) (les arrêts du Tribunal fédéral non publiés dans les ATF sont cités avec la date du jugement et, le cas échéant, la référence de la publication dans laquelle ils figurent)
CCS	Code civil suisse
Const.	Constitution fédérale du 29 mai 1874
Const. (précédé ou suivi du sigle d'un canton)	constitution cantonale
Const. JU	constitution de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977
FF	Feuille fédérale de la Confédération
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (Berne)
LC	Loi cantonale sur les communes (cf. liste annexée, p. 207 s)
LF	Loi fédérale
LOJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 173.110)
LPEP	Loi fédérale sur la protection des eaux contre la pollution, du 8 octobre 1971 (RS 814.20)
LPA	Loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (RS 172.02)
projet Const.	projet de Constitution de la Commission d'experts pour la préparation d'une revision totale de la Constitution fédérale, Berne, 1977
RDS	Revue de droit suisse (Bâle)
RS	Recueil systématique des lois fédérales
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (Zurich)

ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenverein (Berne)
Zbl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zurich)

Nous n'avons pas reproduit les abréviations courantes, ainsi que celles désignant les cantons au moyen du sigle des plaques minéralogiques de véhicules (cf. à cet égard notre annexe sur les lois cantonales sur les communes, p. 207 s.).

PREMIÈRE PARTIE

La place de la commune dans l'Etat

CHAPITRE PREMIER

La décentralisation en général

Affirmer que tout Etat moderne est peu ou prou décentralisé est devenu un lieu commun. On ne saurait, sans tomber dans de pures vues de l'esprit, concevoir aujourd'hui un Etat [1] dont les autorités suprêmes n'auraient jamais ressenti le besoin de confier à d'autres qu'à elles-mêmes l'exercice d'une parcelle du pouvoir étatique pour l'accomplissement de l'une ou l'autre tâche publique.

Ce phénomène s'explique par des considérations tout à la fois pratiques et politiques. Techniquement, on ne voit pas comment un appareil étatique pourrait fonctionner sans risquer la paralysie, ni surtout faire face à des tâches toujours plus nombreuses et plus complexes, tout en conservant une structure interne strictement monolithique. Politiquement, la nécessité de distribuer ne serait-ce qu'une fraction infime de la puissance publique et de l'activité étatique est d'autre part indéniable, mais dans ce cas, le recours à une structure diversifiée peut exprimer des tendances divergentes, voire contradictoires : maintien de structures héritées de l'histoire, mais aussi souci de rendre plus efficace l'action que l'Etat exerce sur ses administrés, souci de développer l'initiative d'autorités étatiques inférieures ou encore volonté de concéder une certaine indépendance à des collectivités démocratiquement constituées au sein de l'Etat.

Nous examinerons successivement la notion juridique de décentralisation (section I), les modalités de celle-ci (section II), la notion de décentralisation politique (section III), et enfin la décentralisation dans le droit positif suisse (section IV).

---

[1] Si l'on excepte le cas très particulier des petits Etats, au territoire extrêmement exigu et se limitant pratiquement à une ville ou une cité. Ainsi, ni la principauté de Monaco (Monte-Carlo n'est que le nom d'un quartier), ni celle de Saint-Marin, ni la Cité du Vatican n'ont institué une décentralisation de leur territoire. Il y a en revanche un embryon de décentralisation dans les principautés d'Andorre (paroisses) et du Liechtenstein (communes), dont la superficie est d'ailleurs plus grande. Sur le sujet, cf. P. VELLAS, « Les Etats exigus », *Revue générale de droit international public*, N° 88, Paris, 1954 ; L. AUREGLIA, *Contribution à l'histoire constitutionnelle de Monaco*, Chambéry, 1960 ; J. COUGUL, *Etude historique, juridique et économique de l'Andorre*, Toulouse, 1943 ; P. RATON, *Le Liechtenstein. Histoire et institutions*, Genève, 1967.

Section 1

La notion juridique de décentralisation

Aussi nécessaire et évidente qu'elle puisse paraître en tant que principe d'organisation, la décentralisation n'en demeure pas moins une notion vague lorsqu'il s'agit de la cerner juridiquement. Le droit positif n'offre pas un modèle unique de décentralisation, mais au contraire une grande variété de solutions qui reflètent les différentes tendances que nous avons citées. Aussi la majorité de la doctrine a-t-elle renoncé à bâtir une théorie générale de la décentralisation [2] et traite-t-elle de cette notion en se fondant, à juste titre à notre avis, sur les institutions existantes pour en tirer les éléments permettant de la définir [3]. Pour notre part, nous aborderons cette question avec une retenue semblable, tant il est vrai qu'en ce domaine — la structure des Etats — la construction de catégories juridiques est bien moins utile que l'analyse des mécanismes complexes déjà existants [4].

1. *Définition*

La décentralisation nous paraissant être essentiellement un phénomène de partage de compétences, nous dirons en simplifiant volontairement que c'est le procédé d'organisation qui vise à répartir la puissance publique et qui consiste à retirer à l'Etat central [5] une ou plusieurs compétences pour les

---

[2] Cf. toutefois le remarquable essai de théorie générale de M. EISENMANN, dont les réflexions sur le problème de la centralisation et de la décentralisation forment un traité original sur la structure de l'Etat. Cf. en outre KELSEN, p. 177 ss, qui rattache le phénomène de la décentralisation à sa théorie générale de la validité des normes.

[3] C'est le cas de la doctrine suisse, ainsi que des doctrines française et allemande, auxquelles nous limiterons nos références.

[4] Cf. AUBERT, *Fédéralisme*, p. 403.

[5] Ce terme désigne la collectivité publique titulaire des compétences qui ne sont pas décentralisées et à laquelle les titulaires des compétences décentralisées sont subordonnés. Il peut toutefois s'agir d'une collectivité qui est elle-même un élément d'une structure étatique supérieure. Ainsi, les cantons suisses représentent l'Etat central par rapport à leurs communes, voire certaines communes par rapport à leurs subdivisions (cf. ci-après p. 39.

transférer à un ou plusieurs autres titulaires à l'intérieur de ce même Etat [6]. Ces compétences ont par définition un caractère moins général que celles de l'Etat central : elles peuvent s'exercer dans un secteur déterminé de l'activité publique (dans le cadre d'un service public par exemple), et l'on parle alors de *décentralisation par services* [7], ou dans les limites d'une fraction déterminée du territoire, et l'on parle dans ce cas de *décentralisation territoriale* [8]. Disons tout de suite que ces deux formes de décentralisation ne s'opposent nullement et qu'elles peuvent fort bien coexister [9].

Encore faudra-t-il examiner ce qu'on peut appeler les modalités de la décentralisation : quelles sont les compétences transférées, à qui sont-elles attribuées et comment sont-elles exercées. Mais il est indispensable auparavant de distinguer la décentralisation d'un autre procédé d'organisation interne de l'Etat, la *déconcentration* [10], ce qui nous permettra de préciser en quoi juridiquement la décentralisation présente un contenu spécifique.

2. *Décentralisation et déconcentration*

Par déconcentration, il faut entendre le procédé qui consiste à octroyer à certains organes de l'Etat un pouvoir plus ou moins étendu de décision dans l'accomplissement de tâches publiques déterminées. Selon que l'activité de ces organes s'étend à l'ensemble du territoire ou se limite à une partie de celui-ci, on peut parler — comme pour la décentralisation — d'une déconcentration par services [11] et d'une déconcentration territoriale [12]. Dans le

---

[6] Si l'on analyse le phénomène, non plus sous l'angle de l'organisation interne d'un Etat, mais en considérant le cas d'Etats qui s'agrègent pour former une nouvelle collectivité publique, nous dirons au contraire que la décentralisation consiste à ne pas transférer certaines compétences à l'Etat central. Cf. ci-après, p. 94, ainsi que AUBERT, *Fédéralisme*, p. 444 ss.

[7] Appelée aussi décentralisation technique ou spéciale. Cf. GRISEL, p. 104 ss. Pour la doctrine française : LAUBADÈRE, p. 97 ss. Pour EISENMANN, p. 24 ss, elle n'existe pas, selon son critère du caractère central ou non des organes étatiques (p. 15).

[8] Cf. GRISEL, p. 106 ss.

[9] Et même se combiner lorsqu'un service décentralisé est créé pour une fraction déterminée du territoire. Cf. l'exemple des caisses cantonales AVS, cité p. 36 ci-après. En outre, on peut concevoir une décentralisation *personnelle*, dans laquelle des compétences seraient attribuées à des personnes privées pour un domaine ou un territoire déterminés. La doctrine allemande parle de « Beleihung » : cf. WOLFF, § 104.

[10] Le terme a été créé par la doctrine française. Cf. la définition de GRISEL, p. 104.

[11] Cf. les exemples cités ci-après p. 36.

[12] Cf. également des exemples ci-après p. 39 s.

premier cas, la déconcentration peut se réaliser en désignant des autorités ou des agents responsables d'un secteur déterminé de l'activité étatique (l'exploitation d'un service spécialisé comme celui des postes et télécommunications par exemple) et dans le second en mettant en place au niveau régional ou local des autorités ou agents de l'Etat qui ont le pouvoir de décider sur place et pour un territoire donné d'un plus ou moins grand nombre d'objets [13].

La déconcentration a donc ceci en commun avec la décentralisation qu'elle suppose une délégation — ce terme étant compris au sens le plus large — du pouvoir de l'Etat central et que cette délégation s'inspire de considérations pratiques et techniques analogues : elle tend à rapprocher le plus possible l'Etat de l'administré et à adapter l'action étatique à des circonstances variables selon le lieu où elle s'applique ou le domaine qu'elle concerne, en conférant à cet effet une marge de décision à certaines autorités. Mais l'analogie doit s'arrêter là. Déconcentration et décentralisation expriment en effet deux tendances profondes qui vont précisément en sens contraire : volonté de *centralisation* pour le premier procédé, volonté de *décentralisation* (laquelle devient une fin en soi : opérer un partage des compétences) pour le second.

La déconcentration reflète une volonté de centralisation, car elle revient à maintenir l'ensemble des compétences au sein des organes de l'Etat central. Elle exprime donc tout le contraire d'un véritable partage des compétences. De plus, la déconcentration n'est pas une fin en soi, elle n'est qu'un moyen techniquement indispensable permettant à l'Etat de parfaire sa structure tout en demeurant strictement centralisé. La concentration de la totalité de la puissance publique dans les mains d'autorités uniques au sein de l'Etat est inconcevable : parallèlement à la concentration de certains pouvoirs, la déconcentration d'autres apparaît inévitable, ne serait-ce qu'en déléguant des pouvoirs d'exécution à plusieurs organes distincts, ministères ou départements, au sein de l'administration centrale, ou encore en envoyant dans les provinces ou circonscriptions locales des représentants du gouvernement central [14]. Mais quel que soit le degré auquel elle est poussée, la déconcentration demeure un mode d'agencement du pouvoir central, un moyen de réaliser la centralisation de l'Etat tout en le décongestionnant, autrement dit de résoudre ses problèmes « domestiques » [15].

---

[13] Ainsi les préfets en France ; ou encore les autorités de district dans notre pays, celles-ci étant cependant élues dans la plupart des cantons où il en existe, cf. ci-après p. 40.

[14] Cf. AUBERT, N° 531 : même les despotes déléguaient leur pouvoir à des satrapes !

[15] Dans le même sens, LAUBADÈRE, p. 94 s. L'important est que les agents ou autorités déconcentrés demeurent de simples organes de l'Etat, sans personnalité propre. Cf. ci-après p. 19, litt. a).

Dans la décentralisation en revanche, il faut voir une tendance opposée, savoir la volonté de provoquer une *rupture* dans la structure de l'Etat en acceptant que certaines compétences soient partagées, qu'elles soient exercées avec une certaine indépendance par des titulaires placés en dehors de la hiérarchie des organes de l'Etat. Cette rupture a pour corollaire l'apparition au sein du corps de l'Etat d'organismes dont on dit souvent qu'ils sont autonomes [16].

3. *Les effets juridiques de la décentralisation*

Même lorsqu'elle n'a qu'une portée effective minime, la décentralisation nous paraît avoir des conséquences juridiques décisives. Elle consacre en effet l'existence d'*intérêts publics distincts* au sein de l'intérêt public général représenté par l'Etat [17], intérêts dont la prise en charge échappe à ce dernier pour incomber à des personnes qui ne dépendent plus directement de lui [18]. Or ces personnes, appelons-les des organismes décentralisés, n'auront pas forcément une conception uniforme de l'activité et de l'intérêt publics, bien plus, leur conception pourra à l'occasion entrer en conflit avec celle de l'Etat central. Que l'on nous entende bien : il ne s'agit pas de reconnaître l'existence d'un Etat dans l'Etat, ou comme on a pu le dire d'un pouvoir originaire de puissance publique [19] créateur d'un ordre juridique indépendant de celui de l'Etat central. La décentralisation implique nécessairement un rapport de subordination entre celui qui répartit les compétences et celui ou ceux qui s'en voient attribuer.

Mais dès lors que la non-identité d'intérêts et de conceptions est délibérément rendue possible, il serait illogique que le contentieux qui peut en résulter soit réglé en sens unique, c'est-à-dire que tout différend tourne en faveur de l'Etat central. Dans certaines circonstances tout au moins, les organismes décentralisés doivent pouvoir faire respecter leurs compétences par l'Etat

---

[16] Cf. note 24 ci-après.

[17] Dans le même sens, MACHERET, p. 194 s. et 200 s., ainsi que MEYLAN, p. 109 ss, à propos de la protection juridictionnelle des organismes décentralisés. On parle souvent d'intérêts dignes de protection, cf. note 49 ci-après. Pour la doctrine française, WALINE, p. 172 s.

[18] Contrairement à ce qui se passe dans la déconcentration ; sur les critères de distinction, cf. ch. 4 ci-après, p. 19 ss.

[19] Cette idée, que l'on a opposée à celle des pouvoirs étatiques dérivés, a été développée à propos des prérogatives communales. Elle peut à notre sens se défendre historiquement, mais en aucun cas juridiquement. Cf. MEYLAN, p. 22, note 3, et les auteurs cités.

central, par exemple lorsque celui-ci en entrave arbitrairement l'exercice. Ce qui nous amène à dire que les organismes décentralisés bénéficient d'une sorte de *droit à la compétence* [20].

Cet élément caractéristique de la décentralisation tient en ce que certains titulaires de la puissance publique ont un droit limité [21] d'exiger la protection de l'intérêt public qu'ils assument contre les empiètements ou les abus d'autres titulaires de la puissance publique, en particulier de l'Etat central.

Ce droit d'opposer sa compétence à l'Etat — ou à d'autres titulaires de la puissance publique — n'est en revanche jamais reconnu à un organe dépendant directement de l'Etat, donc centralisé, même si cet organe est déconcentré et dispose de ce fait d'un pouvoir plus ou moins étendu de décision [22]. De même, on ne saurait dire qu'un tel organe assume un intérêt public distinct de celui que poursuit le corps étatique auquel il appartient.

Nous avons dégagé ces notions d'intérêts publics distincts et de droit à la compétence en faveur des organes décentralisés pour tenter de mettre en lumière les principes juridiques sous-jacents à toute décentralisation, tout en étant bien conscient de ce que ces notions présentent un contour et un contenu encore beaucoup trop imprécis pour servir pratiquement à l'analyse. La notion d'*intérêts publics distincts* n'est pas sans rappeler celle que la doctrine a établie en reconnaissant aux organismes décentralisés des *tâches propres* (« eigene Angelegenheiten ») et en opposant celles-ci aux tâches qui leur sont *déléguées* par l'Etat : nous verrons plus loin [23] que cette distinction traditionnelle n'est guère praticable et surtout ne peut servir à qualifier l'activité décentralisée en général, ni ce que nous entendons par intérêts publics distincts. Nous laisserons donc ceux-ci de côté pour l'instant. Il en va de même pour la notion plus générale et plus vague encore d'*autonomie* [24], qui nous

---

[20] Il ne faut pas confondre ce droit avec celui de déterminer sa propre compétence, dont les organismes décentralisés sont par définition privés, ni avec celui d'exercer une compétence générale résiduelle, qui traduit une manière d'opérer le partage des compétences (sur cette dernière notion, cf. ci-après p. 29).

[21] Sur les limites de ce droit, cf. par exemple la problématique posée par l'accès des organismes décentralisés aux juridictions publiques fédérales en Suisse, p. 193 ss ci-après. De même MACHERET, p. 189 ss et 199 ss.

[22] FORSTHOFF, p. 452 s. Cf. également MACHERET, p. 193 s. (et ses notes 194 et 195), qui pose par ailleurs le problème de la séparation des pouvoirs en cas de conflit entre autorités indépendantes au sein d'une même collectivité et considère le recours à la juridiction d'une collectivité supérieure comme problématique. Sur le droit positif suisse et les exceptions qu'il prévoit, cf. ci-après p. 200 (qualité spéciale pour recourir d'une autorité).

[23] P. 73 ss.

[24] Sur cette notion, et plus particulièrement l'autonomie communale, cf. notre deuxième partie, p. 117 ss. Pour EISENMANN, p. 29, l'autonomie est une technique applicable à bien des problèmes différents.

paraît devoir être abordée de cas en cas comme la conséquence de telle ou telle modalité de la décentralisation. Quant à ce que nous avons appelé le *droit à la compétence,* il s'agit certes d'une notion moins floue, dans la mesure où il s'agit d'examiner concrètement des voies de droit, mais qui ne saurait constituer à elle seule un critère.

Il convient dès lors d'examiner s'il existe d'autres critères sur la base desquels on peut reconnaître dans la structure d'un Etat la marque d'une décentralisation, et la distinguer d'une simple déconcentration.

4. *Les critères de la décentralisation*

Pour correspondre au sens que nous lui avons donné, toute décentralisation doit répondre à deux exigences minimales qui sont d'une part l'octroi de la personnalité juridique de droit public aux organismes que l'on entend décentraliser, et d'autre part l'exclusion de tout pouvoir discrétionnaire de contrôle à leur égard.

a) *La personnalité de droit public*

L'octroi du statut de personne juridique de droit public nous paraît essentiel [25], non seulement parce qu'il doit se fonder sur un texte du niveau législatif au moins [26] — le critère ne permettrait pas encore d'écarter certaines formes de déconcentration organisées par la loi [27], mais surtout parce qu'il représente un « affranchissement » juridique, dans la mesure où il confère à l'organisme personnalisé les *attributs* qui peuvent seuls lui assurer un minimum d'existence indépendante : capacité d'être directement titulaire

---

[25] Sur l'importance de ce critère dans la doctrine, JAGMETTI, p. 230 s. La personnalité de droit public implique en principe celle de droit privé : GRISEL, p. 105. Dans la plupart des cas, les personnes publiques sont des personnes morales (cf. note 9 ci-dessus, *in fine).*

[26] GRISEL, p. 105. MOOR (p. 65) expose avec raison qu'une règle fondamentale de l'ordre politique réserve au parlement la compétence de créer des organismes décentralisés, car ceux-ci échappent ensuite à son contrôle (*Esquisse d'un droit des organisations administratives, in Zbl.,* 1974, p. 49 ss).

[27] La pratique fédérale en Suisse en matière d'organisation de l'administration centrale est par exemple peu claire. Sur ce problème, MOOR, *op. cit.,* p. 64 ss. De nombreux services fédéraux déconcentrés sont institués par la loi, cf. *JAAC,* 1975, N° 1, et ci-après, p. 36.

de droits et obligations [28] et d'exercer ceux-ci par l'intermédiaire d'organes propres [29]. Il n'est toutefois pas exclu que le droit positif accorde à un organe étatique les attributs essentiels (patrimoine et organisation propres) de la personnalité sans lui conférer celle-ci explicitement, si bien qu'il faudra parfois, pour éviter d'avoir une vision trop formaliste des institutions, rechercher s'il n'y a pas création implicite d'une personne morale de droit public [30]. Enfin, il ne faut pas perdre de vue que les avantages juridiques que présente la personnalité juridique peuvent être réduits à peu de chose, voire à néant, si les ressources financières ou la composition des organes de la personne morale que l'on crée demeurent entièrement soumis à la libre appréciation de l'Etat [31].

b) *Absence d'un pouvoir discrétionnaire de contrôle*

La centralisation se caractérise par un contrôle très étroit du pouvoir central sur l'activité des organes qui dépendent directement de lui, quelles que soient la nature et l'étendue du pouvoir de décision qui peut leur être délégué, donc également lorsqu'ils font l'objet d'une déconcentration plus ou moins marquée. Il s'agit du *pouvoir hiérarchique* [32], lequel est par définition illimité [33] : il n'est soumis à aucune condition quant à sa portée (contrôle

---

[28] En particulier le droit de posséder en propre un patrimoine, celui de conclure des contrats en nom propre et sous sa propre responsabilité, ainsi que celui de procéder judiciairement. Cf. GRISEL, p. 105. Pour LAUBADÈRE, p. 87, dans la décentralisation territoriale, le statut de personne morale de droit public n'est qu'un attribut supplémentaire de la personnalité locale qui est une notion plus générale.

[29] Par analogie avec le droit civil, la personnalité de droit public comprend la jouissance et *l'exercice* de certains droits ; cet exercice n'est possible que si la personne morale est dotée d'organes propres. Voir JAGMETTI, p. 248, note 53, qui compare avec l'art. 54 CCS.

[30] La difficulté est alors de concevoir la protection juridictionnelle de ces entités : le droit positif exige en effet souvent la personnalité pour avoir la qualité de partie. Cf. MACHERET, p. 201, qui pense qu'il faut dissocier la capacité générale d'être partie de la qualité pour recourir dans des circonstances déterminées.

[31] Alors même que l'Etat ne prétend pas exercer à cette occasion un pouvoir discrétionnaire de contrôle sur l'activité décentralisée, comme décrit ci-après litt. b). Ce sera le cas par exemple lorsque le budget de la personne publique n'est qu'un élément formellement distinct du budget général de l'Etat, ou encore lorsque l'Etat peut sans limites désigner comme organes ses propres agents ou autorités.

[32] La doctrine allemande récente parle d'une « allgemeine Organaufsicht (Behördenaufsicht) », WOLFF, § 77 II b), ch. 4, ou encore de « beamtenrechtliche Abhängigkeitsverhältnisse », FORSTHOFF, p. 479.

[33] Parmi d'autres, VEDEL, p. 642.

de la légalité et de l'opportunité) et peut s'exercer à tout propos par la voie des instructions de service (pouvoir d'injonction), par celle de la suppression pure et simple d'un acte (pouvoir d'annulation), ou encore par un contrôle très strict sur les personnes (pouvoir disciplinaire) [34].

La position des organismes décentralisés est fondamentalement différente. L'exercice à leur endroit d'un pouvoir de contrôle discrétionnaire, tel le pouvoir hiérarchique, est exclu, car cela reviendrait à les réinsérer dans la hiérarchie dont on a précisément voulu les exclure. D'autre part, leur indépendance n'est que relative, car ils demeurent soumis à l'ordre juridique dont ils tirent leurs compétences. C'est dire que l'Etat central exerce à leur égard une *surveillance* [35] plus ou moins étendue, mais qui se caractérise par le fait qu'elle est *limitée*.

La solution la plus simple et la plus logique consisterait à limiter cette surveillance à la *légalité* de l'activité décentralisée, soit de vérifier sa seule conformité avec l'ordre juridique et non son bien-fondé du point de vue de l'opportunité [36]. Mais ce critère d'un contrôle étatique restreint à la légalité, séduisant en théorie, perd de sa valeur au regard du droit positif [37]. D'une part, les textes ne précisent pas toujours l'étendue du pouvoir de surveillance de l'Etat. Son adoption conduirait d'autre part à une notion beaucoup trop restrictive de la décentralisation. Il n'est pas rare en effet que l'Etat central se réserve le droit de s'immiscer dans des questions d'opportunité lorsque certaines conditions sont remplies, par exemple lorsque l'activité décentralisée va à l'encontre de l'intérêt général ou des intérêts d'autres titulaires de la puissance publique. On peut parler dans ce cas d'un *contrôle limité de l'opportunité* [38], lequel n'intervient qu'exceptionnellement.

Mais il est encore possible que l'Etat puisse normalement revoir l'opportunité de certaines décisions prises par l'organisme décentralisé, voire même

---

[34] Sauf le pouvoir d'injonction (« Weisungsrecht »), on relèvera cependant que ces moyens ne sont pas spécifiques du contrôle hiérarchique. Cf. LAUBADÈRE, p. 91.

[35] Cf. WOLFF, § 77 II b), qui distingue entre le contrôle hiérarchique et différents autres types de surveillance.

La doctrine française parle de pouvoir de tutelle ; l'expression est ambiguë, car elle laisse entendre une incapacité juridique. Voir VEDEL, p. 642. Elle a cependant passé dans le langage courant, ce qui peut donner à penser sur l'intensité relative de la décentralisation en France. Pour notre part, nous préférons réserver l'expression de mise sous tutelle aux mesures qui placent un organisme décentralisé sous l'administration directe de l'Etat, ce dans des circonstances exceptionnelles.

[36] La notion est controversée, cf. ci-après p. 139. Disons ici qu'il y a choix en opportunité lorsqu'il est possible de choisir entre deux ou plusieurs solutions juridiquement équivalentes.

[37] Cf. par exemple la surveillance sur les communes, ci-après p. 66 ss.

[38] Sur cette notion, cf. ci-après p. 68 s.

des plus importantes d'entre elles [39]. La distinction entre un contrôle aussi étendu et celui qui est exercé par le supérieur hiérarchique devient alors difficilement traduisible sous une forme générale et catégorique. D'autant que les moyens de contrôle mis en œuvre dans l'un ou l'autre cas peuvent être les mêmes ou du moins conduire pratiquement à des résultats analogues.

Si la surveillance sur les organismes décentralisés ne comprend jamais le pouvoir de donner en toute circonstance des ordres (pouvoir d'injonction), elle s'exerce souvent sous la forme d'un pouvoir d'annulation ou de correction (à l'occasion de l'approbation d'un acte de l'organisme décentralisé par exemple ou sur recours dirigé contre un tel acte) ou encore sous celle d'un pouvoir de substitution (prendre une mesure particulière que l'organisme décentralisé refuse ou omet de décréter, ou même faire fonctionner ce dernier en remplaçant provisoirement ses organes par des organes étatiques). Il est en outre fréquent que l'Etat central soit habilité à prendre des sanctions de caractère disciplinaire (par exemple révocation ou dissolution) à l'égard des personnes ou autorités responsables des organismes décentralisés. Lorsque ces divers moyens sont mis au service d'un *contrôle qui s'étend sans restriction à l'opportunité,* l'organisme décentralisé se trouve dans une situation très proche de celle d'un organe étatique subordonné hiérarchiquement et l'on peut se demander si l'on est encore en présence d'une véritable décentralisation [40].

Nous croyons pouvoir le dire. D'une part, certaines différences subsistent : l'Etat central ne peut jamais procéder au déplacement d'office [41] des autorités décentralisées et s'il décide par exemple la dissolution ou la révocation d'organes qui ne lui sont pas soumis hiérarchiquement, il ne peut se substituer indéfiniment à ceux-ci et doit faire en sorte que l'organisme décentralisé soit à nouveau pourvu de ses propres organes dans un certain délai [42] ; ou encore l'Etat ne contrôle jamais en opportunité la totalité de l'activité décentralisée mais certains actes seulement. Convenons toutefois qu'il s'agit plutôt de différences formelles ou quantitatives.

Bien plus décisif nous paraît être le fait que le contenu du pouvoir de surveillance sur les organismes décentralisés, tant en ce qui concerne l'éten-

---

[39] Par exemple son règlement d'organisation, ses décisions qui ont des effets juridiques sur les administrés, ou encore ses décisions financières en matière de budget, d'emprunts ou de patrimoine foncier.

[40] C'est surtout la doctrine française qui relève cette difficulté. Ainsi LAUBADÈRE, p. 91 et 94 : il n'y a pas d'élément simple et unique qui oppose les deux genres de contrôle et la différence est beaucoup moins nette qu'on ne le croit.

[41] Il faut entendre par là le transfert d'agents ou autorités étatiques d'un service à un autre, ou d'une région à une autre, comme c'est le cas par exemple pour le corps préfectoral en France.

[42] Cf. LAUBADÈRE, p. 90 s.

due que les moyens du contrôle, est *fixé par la loi* [43] alors que le pouvoir hiérarchique ne nécessite aucune base légale particulière. Le caractère illimité du contrôle hiérarchique exercé sur l'activité déconcentrée est donc présumé en l'absence d'une disposition légale qui le restreindrait expressément. La surveillance qui porte sur l'activité décentralisée est au contraire présumée se borner à ce qui est indispensable pour atteindre son but [44] : maintenir l'exercice des compétences décentralisées dans les limites de l'ordre juridique dont elles sont issues. Cette surveillance ne peut donc dépasser la mesure nécessaire au respect de l'ordre juridique que si celui-ci l'y autorise expressément, et l'Etat central ne saurait exercer un contrôle de l'opportunité sans y être habilité par la loi, de même qu'il ne pourra recourir à d'autres moyens de contrôle que ceux que la loi lui accorde.

Encore faut-il rappeler que le droit positif est rarement clair quant à la portée — légalité ou opportunité — de la surveillance étatique et préciser qu'il ne cite pas forcément tous les moyens de contrôle. Souvent, les textes se contentent de reconnaître à l'Etat le droit de prendre les mesures appropriées ou ne mentionnent que celles qui apparaissent comme exceptionnelles ou graves [45]. Aussi le maniement de ce second critère sera-t-il parfois délicat lorsqu'il s'agira d'examiner les modalités concrètes d'une décentralisation donnée. Pour distinguer une activité décentralisée d'une activité centralisée — mais déconcentrée, l'existence de limites légales à la surveillance étatique demeure toutefois un critère utilisable, en corrélation avec celui de l'octroi de la personnalité juridique : dès lors qu'une personne morale de droit public est créée et que la loi ne prévoit pas expressément que les organes de celle-ci sont assimilés à des organes de l'Etat — donc soumis au pouvoir hiérarchique, nous dirons qu'il y a décentralisation et que la surveillance étatique ne peut aller au-delà, soit d'un contrôle normal limité à la légalité, soit d'un contrôle limité au cadre défini par la loi [46].

Ajoutons enfin que, quelle que soit l'étendue des pouvoirs dont elle dispose, la collectivité supérieure ne saurait à notre avis violer impunément l'ordre juridique qu'elle s'est donné, ce au détriment des organismes décentralisés, notamment en se livrant à leur endroit à des excès ou abus de pou-

---

[43] Cf. JAGMETTI, p. 241, et la doctrine étrangère citée.

[44] C'est d'ailleurs ce qui justifie son existence. Cf. par exemple AUBERT, Nos 789 à 791, qui distingue entre moyens ordinaires de surveillance et moyens extraordinaires, lesquels nécessitent une base légale expresse.

[45] On en trouve l'illustration dans le droit positif sur la surveillance des communes, p. 66 ci-après.

[46] Cf. WOLFF, 77 I, b). Pour la doctrine française, nous citerons la formule de RIVERO, p. 284 : la liberté est la règle, le contrôle l'exception, « pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà des textes ».

voir [47]. Si les organismes en cause devaient être privés de toute protection, il n'y aurait d'ailleurs guère d'utilité à distinguer entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir limité de surveillance.

c) *Le critère subsidiaire de la protection juridictionnelle*

L'existence d'une protection juridictionnelle même très limitée en faveur des titulaires de compétences décentralisées nous paraît en effet susceptible de fournir un critère supplémentaire de la décentralisation, à titre subsidiaire tout au moins. Précisons au préalable que les agents ou autorités soumis au pouvoir hiérarchique ont certes droit à une protection juridictionnelle lorsqu'ils sont touchés personnellement, notamment lorsqu'une procédure disciplinaire est ouverte contre eux parce qu'ils ont par exemple refusé d'exécuter des instructions qu'ils jugent illégales ou parce qu'ils auraient agi illégalement dans l'exercice de leurs fonctions [48]. Ils ne peuvent en revanche jamais exiger le respect de l'ordre juridique dans d'autres circonstances, par exemple lorsque l'autorité hiérarchique supérieure se substitue à eux pour prendre une décision manifestement illégale.

A l'inverse, la conséquence logique de la décentralisation devrait être la création de voies de droit permettant aux organismes décentralisés de faire valoir le grief de la violation de l'une ou l'autre règle relative à leurs compétences, voire de principes plus généraux de l'ordre juridique. Or, cette conséquence n'est précisément pas toujours tirée par le droit positif, du moins expressément [49], ce qui fait perdre au critère une bonne partie de sa valeur. Bien souvent, le problème se posera même de façon inverse, savoir de déterminer si telle personne morale de droit public, soustraite au pouvoir hiérarchique, a qualité pour recourir dans le cadre d'une juridiction administrative ou constitutionnelle [50].

---

[47] La doctrine française parle de détournement ou d'excès de pouvoir. Cf. VEDEL, p. 643.

[48] Sur le droit positif : GRISEL, p. 263 s. et 501 (personnel de la Confédération), p. 504 (recours de droit administratif d'une autorité contre son supérieur hiérarchique). Quant au recours constitutionnel fédéral, il n'est ouvert aux membres d'une autorité quelconque que pour réclamer la protection de leur sphère privée : *Zbl.*, 1976, p. 507 ss (député attaquant une décision du parlement dont il fait partie). Sur la qualité spéciale pour former un recours de droit administratif devant les juridictions fédérales, cf. ci-après p. 200.

[49] Pour saisir la juridiction administrative fédérale en Suisse, par exemple, il faut selon le droit commun faire valoir un intérêt digne de protection, et les habilitations spéciales ne sont pas toujours claires ; cf. ci-après p. 204.

[50] Voir MACHERET, p. 198 ss.

A titre subsidiaire en revanche, la constatation de l'existence de garanties procédurales en faveur d'un titulaire de la puissance publique peut venir à notre secours. Ce sera le cas lorsqu'il est impossible d'établir clairement si tel organisme répond aux deux critères principaux de la décentralisation, c'est-à-dire s'il possède ou non la personnalité juridique et si le contrôle étatique auquel il est soumis est illimité ou non, ou encore lorsqu'un organisme décentralisé exerce en outre des compétences en tant qu'organe déconcentré [51].

5. *La décentralisation dans la doctrine*

Nous avons donné de la décentralisation une définition large en admettant qu'elle existe alors même que le pouvoir de surveillance de l'Etat est particulièrement étendu et englobe notamment un large contrôle de l'opportunité. Nous rejoignons en cela la plupart des auteurs récents [52]. En revanche, nous n'avons pas suivi de nombreux auteurs et nous écartons comme trop vagues un critère tel que celui de l'existence de tâches propres à la décentralisation [53] ou d'autres critères encore, que nous considérons comme l'expression de modalités possibles de la décentralisation, en particulier le caractère démocratique de l'organisation interne des institutions décentralisées [54].

La majorité de la doctrine s'est penchée sur la décentralisation telle qu'elle résulte du droit positif [55]. Aussi la plupart des auteurs français et allemands la décrivent-ils comme un phénomène qui s'applique exclusivement ou principalement à l'activité administrative de l'Etat, qui relève donc d'un partage de compétences exécutives. La doctrine française dominante parle traditionnellement de *décentralisation administrative,* qu'elle oppose comme nous l'avons fait à la simple déconcentration [56]. La doctrine allemande nous fournit pour sa part diverses définitions développées depuis le siècle

---

[51] On présumera alors que la part d'activité publique qu'il peut faire protéger est soustraite au contrôle hiérarchique.

[52] Cf. JAGMETTI, p. 241. Plus restrictif : MEYLAN, p. 37, qui voit dans ce contrôle étendu un corps étranger à la décentralisation. Parmi les auteurs étrangers : WOLFF, § 77 I b), FORSTHOFF, p. 478 s., LAUBADÈRE, p. 93 s., VEDEL, p. 644 (contrôle partiel de l'opportunité).

[53] Ci-après p. 74 ss.

[54] Ci-après p. 30 s.

[55] Cf. ci-avant p. 14.

[56] Par exemple LAUBADÈRE, p. 85 ss. Relevons que, pour la doctrine française, les règlements — communaux par exemple — sont exclusivement des actes administratifs.

dernier et qui ont en commun de tourner autour de la notion — ambiguë à notre avis — *d'autoadministration* (« Selbstverwaltung ») [57] : la décentralisation se réalise par l'intermédiaire de collectivités qui s'administrent elles-mêmes (« Dezentralisation durch Selbstverwaltungskörper ») et se distingue par là de la déconcentration longtemps appelée « administrative Dezentralisation » [58]. S'agissant de la décentralisation en général, la notion de « Selbstverwaltung » semble toutefois devoir passer au second plan dans la doctrine allemande récente et certains auteurs se servent volontiers de la notion plus large d'*administration étatique indirecte* (« mittelbare Staatsverwaltung »), soit l'exercice de compétences exécutives par des personnes morales distinctes de l'Etat [59].

Alors que dans les doctrines que nous venons de voir, l'analyse de la décentralisation relève essentiellement du droit administratif, les auteurs suisses, même s'ils se sont largement inspirés des notions ainsi dégagées, se distancent des conceptions françaises et allemandes en mettant l'accent sur l'aspect constitutionnel de la décentralisation et sur le partage de compétences législatives. Il y a certes des raisons à cela. S'agissant de la décentralisation territoriale, le centre de gravité du phénomène se situe sans doute en un point différent dans les structures du droit positif suisse [60]. Surtout, la doctrine suisse a généralement accordé une importance prépondérante à l'instrument principal de décentralisation que représente la commune dans notre pays, pour n'étudier que peu les institutions administratives en tant que système d'organisation étatique. Il serait toutefois erroné d'en conclure que le droit public suisse présente à cet égard des caractéristiques fondamentalement différentes [61].

---

[57] Sur l'historique de cette notion dans la doctrine allemande, FORSTHOFF, p. 470 ss. Cf. également GEIGER, p. 13 ss.

[58] Ce qui ne manquait pas de créer des confusions avec la terminologie française. Pour la doctrine allemande classique, voir G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre,* 5e éd., Berlin, 1929, p. 625 ss.

[59] FORSTHOFF, p. 478 : les deux notions recouvrent en gros la même chose. Dans la « Selbstverwaltung », les organismes décentralisés sont des corporations publiques, et l'accent est mis sur leur vie propre, alors que l'administration étatique indirecte repose sur le rapport de dépendance avec l'Etat. Dans un sens un peu différent, WOLFF, § 77 I b), selon lequel l'absence d'un contrôle hiérarchique est le critère de la décentralisation, mais pas forcément celui de l'administration indirecte.

[60] Cf. ci-après p. 38 s. et p. 52 s. (pouvoir normatif des communes suisses).

[61] JAGMETTI, p. 246.

Section II

Les modalités de la décentralisation

Une fois les conditions minimales remplies pour qu'il y ait organisation décentralisée, le champ des solutions possibles est infini, de par la combinaison de nombreuses modalités que l'on peut en gros ranger en trois groupes : les modalités relatives aux compétences décentralisées, celles qui concernent leurs titulaires et celles enfin qui ont trait à leur exercice. Selon la solution choisie, il est évident que la rupture ainsi créée au sein de la structure étatique sera plus ou moins importante, jusqu'à atteindre la limite extrême à partir de laquelle on aurait théoriquement affaire à des collectivités publiques n'ayant plus de rapports juridiques entre elles.

Si l'on ressent bien ces différents degrés d'intensité, il devient difficile, voire impossible, de déterminer qualitativement en quoi le passage se fait de l'un à l'autre [62]. Nous sommes pour notre part convaincu qu'il n'existe effectivement aucune solution de continuité dans la gamme des structures décentralisées, sauf à considérer isolément tel aspect particulier — la portée du pouvoir de contrôle de l'Etat par exemple — ce qui n'entre pas dans notre propos. Il nous paraît en revanche possible de mettre en évidence des paliers plus significatifs que d'autres, en quelque sorte le passage d'un octave à un autre pour reprendre l'image classique de la gamme. Le plus important parmi ces changements de registre nous paraît être la réalisation d'une *décentralisation politique* [63]. Celle-ci suppose qu'un certain nombre de conditions soient réunies, raison pour laquelle nous allons brièvement passer en revue les principales modalités que l'on peut rencontrer dans une organisation décentralisée.

1. *Les compétences décentralisées*

Sous l'angle *fonctionnel*, il est possible de décentraliser des compétences aussi bien législatives, judiciaires qu'administratives, quand bien même ces dernières sont les plus fréquemment concédées. Nous ferons à ce sujet deux remarques.

---

[62] AUBERT, N° 531.

[63] Cf. ci-après p. 33 ss.

En premier lieu, la nature du pouvoir législatif attribué le cas échéant à un organisme décentralisé est controversée et la majorité de la doctrine parle plutôt de pouvoir réglementaire [64]. Quoi qu'il en soit, l'acte consistant à édicter des règles générales et abstraites comporte en principe une part beaucoup plus importante de choix en opportunité qu'un acte de pure application. L'octroi de compétences de nature législative représente donc l'une des modalités susceptibles d'accroître le degré d'indépendance dont jouit l'organisme décentralisé. Encore faut-il que le transfert de la compétence législative soit plus qu'une simple délégation de caractère législatif telle que celle pratiquée à l'endroit de l'administration [65] : ce sera certainement le cas lorsque le pouvoir normatif est attribué ou reconnu de manière générale pour toute une activité décentralisée sans autre limite que celles résultant de l'ordre juridique supérieur, mais sans doute aussi lorsque l'Etat se contente de poser des principes dans un domaine particulier en abandonnant à un organisme décentralisé la réglementation de ce domaine pour le surplus [66].

Notre seconde remarque porte sur le partage de compétences judiciaires : comme l'administration, les autorités judiciaires appliquent le droit, à cette différence que leurs décisions ne font pas l'objet d'un contrôle comparable à celui qu'exerce le supérieur hiérarchique dans l'administration, mais sont éventuellement revues par d'autres autorités au sein d'un système plus ou moins complexe d'instances. La décentralisation de la fonction judiciaire obéit donc à des règles particulières propres à l'administration de la justice [67].

Sous l'angle *matériel,* nous pensons que n'importe quelle tâche peut être décentralisée, car il n'y a pas d'activité qui serait par nature destinée à l'être [68]. Le volume ou l'importance des compétences attribuées à l'organisme

---

[64] GRISEL, p. 107. La doctrine allemande parle de « Satzungsgewalt » : FORSTHOFF, p. 480. Sur la nature du pouvoir législatif des communes, cf. ci-après p. 52 ss, et MEYLAN, p. 42 ss, avec de nombreuses références à la doctrine suisse.

[65] Sur les limites de la délégation législative à l'endroit de l'administration : GRISEL, p. 84 ss. Ces limites sont moins étroites lorsque la délégation est faite à l'endroit de la commune : ATF 102 I a, p. 10 s. « Bregy ».

[66] Cf. les exemples cités à propos de l'autonomie communale, ci-après p. 134 ss.

[67] Cf. par exemple les règles mentionnées par AUBERT, N° 737 : indépendance des organes, impartialité de la procédure et autorité matérielle des prononcés. Selon nous, l'activité judiciaire tient à la fois de la décentralisation et de la déconcentration, sans qu'il soit possible d'exclure l'une ou l'autre dans un cas particulier. Tout au plus peut-on, en lieu et place des critères que nous avons définis, recourir à celui de l'organe créateur : il y aurait plutôt décentralisation lorsque les autorités judiciaires (locales ou spéciales) sont désignées par les justiciables, ou leurs représentants, et plutôt déconcentration lorsqu'elles sont désignées par une autre autorité étatique.

[68] Ainsi, il n'y a par exemple pas de tâches locales par nature : cf. ci-après p. 77 s. Ce qui ne signifie pas qu'il n'y ait pas des besoins locaux que l'ordre juridique peut ou non consacrer : LAUBADÈRE, p. 86 s.

décentralisé n'est pas décisif non plus [69]. On peut certes ranger dans une catégorie à part les compétences qui sont inhérentes à toute activité décentralisée, qui sont nécessaires au fonctionnement de l'organisme décentralisé : l'organisation interne d'une part, et les compétences en matière financière d'autre part. Le degré d'intensité de la décentralisation en dépend dans une large mesure, mais le juriste demeure emprunté lorsqu'il s'agit d'en qualifier le contenu [70].

Si les compétences décentralisées ne nous disent pas grand-chose en elles-mêmes, le mode et le niveau de leur partage sont sans nul doute plus intéressants, même si ces critères ne sont pas à eux seuls décisifs.

S'agissant du *mode* de partage, l'organe décentralisé peut se voir attribuer une vocation spéciale, autrement dit des compétences particulières dans les limites desquelles il doit strictement se cantonner. Mais il se peut qu'il bénéficie au contraire d'une vocation générale et que ses compétences soient alors limitées par les seules restrictions imposées par l'ordre juridique en général ou sur des points particuliers, notamment les compétences appartenant aux autres titulaires de la puissance publique. On parle à cet égard d'une *compétence générale résiduelle* ou *virtuelle* [71]. En d'autres termes, l'organisme décentralisé peut agir tant et aussi longtemps qu'une norme supérieure ne le lui interdit pas. Ce pouvoir de prendre des initiatives caractérise certainement un degré supérieur de décentralisation. A notre sens, un tel mode de partage ne peut s'opérer qu'au niveau de la Constitution [72].

Un autre aspect du mode de partage est l'attribution à l'organisme décentralisé de tâches ou domaines qui lui reviennent à titre primaire, dans le cadre de l'organisation politique de l'Etat [73]. Là encore une norme constitutionnelle nous paraît nécessaire comme nous le verrons plus loin. Toutefois, ce que nous appelons *décentralisation politique* doit encore répondre à d'autres critères [74]. Pour le reste, nous ne voyons guère de différences qualitatives — sous cet angle du moins, selon que les compétences décentralisées sont énumérées limitativement ou non, de même à l'inverse pour les compétences de l'Etat central [75].

---

[69] Même si, comme le relève EISENMANN, p. 271, il y a des matières qui en commandent d'autres (compétences solidaires ou complémentaires), selon des chaînes logiques.

[70] Cf. par exemple les variations considérables des compétences communales dans ces domaines d'un canton à l'autre, ci-après p. 87 ss. Sur l'importance du partage des compétences en matière financière : AUBERT, *Fédéralisme*, p. 418.

[71] Parmi d'autres, MEYLAN, p. 23, WOLFF, § 85 I b), ch. 1.

[72] Cf. ci-après p. 35. Dans le même sens, MEYLAN, p. 27.

[73] Cf. ci-après p. 63 s. MEYLAN, p. 33.

[74] Ci-après p. 33 ss.

[75] Sur l'intérêt mineur de la technique de distribution des compétences : AUBERT, *Fédéralisme*, p. 417.

Le *niveau de la norme* instituant la décentralisation est d'autre part souvent cité comme un élément essentiel [76] : selon que le partage des compétences s'effectue au niveau de la constitution ou au niveau d'une simple loi, on aurait affaire à des degrés différents de décentralisation. L'affirmation contient une part de vérité, c'est-à-dire qu'une norme constitutionnelle est nécessaire si l'on entend faire de la décentralisation un principe fondamental de l'organisation étatique, mais elle demeure par ailleurs formaliste dans la mesure où toutes les règles qui figurent dans une constitution ne sont pas forcément des principes fondamentaux au sens matériel [77]. En outre, la question qu'il faudrait poser à cet égard est plutôt de savoir comment la répartition des compétences peut être modifiée au détriment de l'organisme décentralisé. Or, certaines constitutions se révisent plus aisément que certaines lois. Reconnaissons cependant qu'en règle générale, la garantie offerte par une règle constitutionnelle est supérieure à celle fournie par une simple loi [78].

2. *Les titulaires*

Nous les avons définis comme des entités personnalisées de droit public. Le droit positif en connaît trois formes qui sont la *collectivité* ou *corporation publique, l'établissement public* et la *fondation publique* [79].

a) *Organisation interne*

Etant des personnes morales, les organismes décentralisés ne peuvent exercer directement leurs compétences. Ils doivent le faire par l'intermédiaire d'organes ou autorités dont la composition peut faire l'objet de diverses modalités allant de la désignation pure et simple des organes responsables par la collectivité supérieure jusqu'au libre choix de leurs autorités par les intéressés eux-mêmes.

---

[76] Le partage des compétences est alors considéré comme un acte : AUBERT, *Fédéralisme,* p. 407 et 416 s., sous un angle critique.

[77] Sur la notion de constitution au sens matériel, AUBERT, N° 245 ss.

[78] Cf. AUBERT, *Fédéralisme,* p. 417, à propos de la « rigidité » de la constitution.

[79] GRISEL, p. 115 ss, FORSTHOFF, p. 484, VEDEL, p. 635. Le droit positif français a institué des districts urbains qui représentent une forme mixte entre la collectivité territoriale et l'établissement public : cf. LAUBADÈRE, p. 109.

C'est précisément à propos du caractère *démocratique* ou non des organismes décentralisés que la doctrine allemande [80], puis une partie de la doctrine suisse [81], ont développé la fameuse notion de « Selbstverwaltung » ou *autoadministration*. Celle-ci a connu diverses évolutions et aujourd'hui encore, les auteurs ne lui donnent pas toujours le même sens [82]. A cette confusion s'ajoute le fait que la distinction n'a pas toujours été faite clairement entre la notion politique et la notion juridique d'autoadministration [83]. Nous retiendrons pour notre part que dans la doctrine récente, on la définit juridiquement comme la forme de décentralisation réalisée par des groupements personnalisés et organisés corporativement, c'est-à-dire avec une structure telle que la volonté des membres du groupement puisse se manifester [84], dotés de compétences qui ne se limitent pas forcément à des tâches administratives, contrairement à ce que laisse croire le terme d'autoadministration [85].

Quant au contenu politique que certains voudraient donner à la « Selbstverwaltung » dans le sens d'une participation des citoyens à l'exercice de la puissance publique au niveau local ou encore du droit d'exercer des libertés civiques au sein d'une collectivité plus petite que l'Etat, nous ne voyons pas comment le traduire en une notion juridique qui serait caractéristique de la décentralisation [86]. Le caractère démocratique ou non de l'organisme décentralisé ne nous semble donc pas être à lui seul un critère déterminant, même s'il exerce en fait une influence importante sur le degré d'indépendance de cet organisme.

b) *Garantie de l'existence*

Il serait peu utile à l'organisme décentralisé d'être titulaire de compétences, si importantes ou nombreuses soient-elles, s'il ne dispose simultanément d'aucune assurance quant au maintien de son existence distincte au sein de l'Etat. Le degré d'intensité d'une décentralisation doit donc également se mesurer à la qualité des garanties qu'offre l'ordre juridique à cet égard.

---

[80] Cf. ci-avant p. 26, notes 58 et 59.

[81] Cf. GEIGER, p. 15 ss, avec de nombreuses références, ainsi que GIACOMETTI, p. 70.

[82] Cf. NIEMEIER, p. 124 ss, sur la doctrine allemande récente.

[83] Cf. MEYLAN, p. 30, GEIGER, p. 13 s.

[84] NIEMEIER, p. 125 ; FORSTHOFF, p. 478, dans sa dernière édition, formule un avis plus nuancé et ajoute aux corporations les établissements et fondations de droit public.

[85] Sur ce point, GEIGER, p. 44 ss.

[86] Dans le même sens, MEYLAN, p. 30. En revanche, cette notion peut caractériser certaines formes de déconcentration, si on l'entend dans le sens étroit de la désignation par les administrés de certains organes déconcentrés de l'Etat. Cf. ci-après p. 40.

Sans doute faudrait-il distinguer selon que la garantie concerne le maintien d'une organisation décentralisée, soit l'institution elle-même, ou celui de chaque titulaire pris individuellement. Nous aurons l'occasion d'y revenir à propos de la décentralisation par les communes [87].

Relevons simplement ici que le problème de la garantie de l'existence se pose en des termes généralement semblables à celui du partage des compétences : l'institution ou le titulaire seront généralement mieux protégés lorsqu'ils ont été créés sur la base d'une norme constitutionnelle que si la modification d'une loi suffit pour les supprimer [88]. En outre, il est possible que la norme de garantie fixe des conditions plus ou moins strictes que l'Etat doit respecter pour mettre fin à la décentralisation ou à l'existence d'un organisme décentralisé : à cet égard, la meilleure garantie est bien entendu celle qui subordonne la suppression au consentement des intéressés.

3. *L'exercice des compétences décentralisées*

Après les modalités relatives aux compétences et à leurs titulaires, il reste à examiner la portée du pouvoir de décision attribué à cette occasion, ce qui revient généralement à déterminer la portée de la surveillance que l'Etat exerce sur l'activité décentralisée. La question ne demande pas de grands développements si l'on se réfère aux fondements de la décentralisation que sont la reconnaissance d'intérêts publics distincts et le droit de les faire respecter à certaines conditions [89].

Tout d'abord, pour que la concrétisation d'intérêts publics distincts soit possible, il est primordial que l'exercice des compétences décentralisées comporte un plus ou moins large pouvoir d'appréciation, notamment en opportunité [90] : selon que l'Etat se réserve ou non le droit d'en revoir l'usage, la portée du pouvoir de décision décentralisé sera considérable ou au contraire très restreinte. Mais il est encore nécessaire que l'organisme décentralisé soit en mesure de se plaindre lorsque l'Etat excède ou abuse de ses compétences, par exemple lorsqu'il exerce un contrôle de l'opportunité alors qu'il aurait dû se limiter à celui de la légalité. L'intensité de la décentralisation dépendra donc en outre des règles en matière de surveillance étatique et de garanties juridictionnelles.

---

[87] Ci-après p. 45 ss.

[88] La constitution est généralement plus difficile à modifier qu'une loi : AUBERT, *Fédéralisme*, p. 416 s.

[89] Cf. ci-avant p. 17 ss.

[90] La notion de pouvoir d'appréciation (« Ermessen ») est plus large que celle du pouvoir de décider en opportunité (« Zweckmässigkeit »). Cf. ci-après p. 139.

Section III

La décentralisation politique

1. *Définition*

Les Etats modernes instituent couramment la décentralisation de leur organisation administrative en créant des entités soustraites à la hiérarchie. De même ont-ils généralement une organisation judiciaire qui s'apparente à la fois à la décentralisation et à la déconcentration, en vertu de règles propres à l'activité juridictionnelle.

Certains vont plus loin lorsqu'ils décentralisent leur organisation politique elle-même, en admettant à l'intérieur de leur structure des institutions capables d'exprimer une volonté politique à l'instar des institutions de l'Etat lui-même. Le palier franchi en passant d'une décentralisation ordinaire ou administrative [91] à une décentralisation politique nous paraît même décisif. Reste à tracer la limite à partir de laquelle on accède à ce registre supérieur, ce que nous tenterons de faire au moyen des critères exposés ci-après.

2. *Les critères de la décentralisation politique*

Il s'agit d'élever de simples personnes de droit public (qui relèvent matériellement du droit administratif) au niveau de véritables institutions politiques. Cela n'est concevable qu'à la condition de créer des entités qui soient le reflet de l'institution politique principale, savoir l'Etat central. Elles devront en reproduire les traits essentiels, à une importante exception près : elles demeureront à l'égard du pouvoir central dans le rapport de subordination que postule toute décentralisation et ne tireront jamais leurs compétences d'elles-mêmes. Quels sont dès lors ces traits caractéristiques ?

a) *Organisation démocratique*

L'Etat a un peuple, un territoire et une organisation démocratique [92]. Seules des *collectivités publiques territoriales* [93] sont à même de regrouper également un certain nombre de personnes rattachées entre elles par leur lien

---

[91] Dans le sens où l'entend la doctrine française. Voir ci-avant, p. 25.

[92] Cf. AUBERT, N° 510.

à un territoire. Mais c'est surtout l'organisation *corporative* de ces collectivités qui est caractéristique de la décentralisation politique, car elle permet aux personnes qui en sont membres d'exprimer démocratiquement une volonté politique, à tout le moins en désignant les organes responsables de la collectivité, éventuellement en participant à la prise d'autres décisions la concernant. La population intéressée, ou en tous les cas une partie de celle-ci [94], est dès lors en mesure d'exercer des *droits politiques* plus ou moins étendus. Quant au *territoire,* il constitue les limites dans lesquelles le pouvoir de puissance publique de la collectivité décentralisée peut produire ses effets [95].

b) *Pouvoir législatif propre*

Ce pouvoir de puissance publique, la collectivité décentralisée politiquement, que nous appellerons *collectivité secondaire* pour reprendre une expression récente [96], l'exerce dans sa plénitude. Il faut entendre par là que ce pouvoir est susceptible de mettre en œuvre toutes les fonctions étatiques : législation, administration et juridiction. On reconnaîtra ce trait essentiel plus particulièrement au fait que la collectivité dispose d'un *pouvoir législatif propre* [97], et non d'un simple pouvoir réglementaire. Du point de vue fonctionnel, on peut dire que les collectivités secondaires possèdent, virtuellement tout au moins, une vocation générale.

c) *Compétence générale résiduelle*

De même, nous croyons pouvoir dire que les collectivités secondaires possèdent en outre, virtuellement toujours, une vocation générale en ce qui concerne leurs compétences. Cela signifie qu'elles sont susceptibles de poursuivre la réalisation de l'intérêt public dans de multiples domaines, ou par de

---

[93] Sur cette notion en droit suisse, JAGMETTI, p. 246 ss.

[94] C'est-à-dire les citoyens actifs, selon les règles sur l'exercice des droits politiques.

[95] JAGMETTI, p. 248. Sur le rapport entre principe territorial et caractère local (ou régional) de l'activité décentralisée, cf. ci-après, p. 77.

[96] MEYLAN, p. 22.

[97] Cf. ci-avant, p. 28. Les normes édictées en vertu de ce pouvoir peuvent restreindre les libertés individuelles sans se fonder sur une base légale autre que la constitution. Cf. ci-après, p. 52 s.

multiples activités au sein d'un même domaine [98], les seules limites étant celles de l'ordre juridique supérieur, notamment les compétences de l'Etat qui demeure la collectivité primaire. Cette troisième caractéristique se manifeste dans le partage des compétences : les collectivités secondaires se voient reconnaître des *compétences résiduelles*, en d'autres termes une marge d'initiative, dans leur sphère d'activité. Lorsque cette dernière n'est pas délimitée par la norme qui institue le partage, on dira qu'il y a compétence *générale* résiduelle.

d) *Norme constitutionnelle*

Enfin, comme tout principe fondamental de l'Etat, l'organisation politique de celui-ci doit figurer au niveau de la constitution. La décentralisation politique a donc sa place dans la constitution, laquelle doit à tout le moins mentionner l'*existence* des collectivités publiques secondaires et poser le *principe d'un partage* de compétences en leur faveur. Autrement dit, on institue des personnes morales de droit constitutionnel, ainsi qu'une base légale constitutionnelle à leur activité [99].

Bien entendu, toute collectivité publique territoriale ne procède pas du même phénomène. Même organisée démocratiquement, dès lors qu'elle est instituée par la loi ou qu'elle est privée de toute initiative de par sa vocation spéciale — ce qui revient au même, la collectivité publique procède de la décentralisation ordinaire.

La notion de décentralisation politique a été mise en évidence récemment par la doctrine suisse à propos de l'organisation communale [100]. C'est effectivement lorsque les institutions communales répondent aux critères posés ci-dessus que l'on peut le mieux saisir ce qu'il y a de significatif dans ce passage à un degré supérieur de décentralisation. Encore faudra-t-il demeurer très prudent en appliquant ces critères aux nuances du droit positif [101].

---

[98] Dans ce cas, il n'y a pas à proprement parler vocation générale de l'organisme décentralisé du point de vue matériel, mais bien du point de vue fonctionnel. Cf. ci-après, p. 70 s. et les exemples cités.

[99] Cf. MEYLAN, p. 27

[100] MEYLAN, p. 22 ss, repris par MOOR, p. 1631 s.

[101] Par exemple lorsque le droit positif ne reconnaît pas formellement l'existence d'un pouvoir normatif autre que celui de l'Etat, ou encore lorsque l'on est en présence de structures pluralistes au niveau local ; cf. ci-après, p. 49 s. et p. 70 s.

Section IV

La décentralisation dans le droit positif suisse

Pour clore ce chapitre, nous donnerons un bref aperçu de la décentralisation dans les structures de la Confédération et des cantons [102].

1. *La décentralisation par services*

Si l'on s'en tient à nos critères, la Confédération pratique plus volontiers la déconcentration que la décentralisation. Ainsi ni les Chemins de fer fédéraux ni l'entreprise des PTT ne peuvent être considérés comme des services décentralisés, faute d'avoir la personnalité juridique [103]. Il en va de même pour la Régie fédérale des alcools dont les organes et le personnel dépendent hiérarchiquement de l'administration fédérale [104]. La Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accident est en revanche un établissement public de droit fédéral [105] et la fondation Pro Helvetia la seule fondation publique de droit fédéral [106].

La création d'établissements publics décentralisés est plus fréquente dans les cantons [107]. Mentionnons le cas particulier des caisses cantonales de compensation, qui sont des établissements publics cantonaux prescrits par la loi fédérale sur l'AVS [108] et qui présentent ainsi parallèlement le caractère d'une décentralisation territoriale sur le plan de la Confédération.

---

[102] Voir également GRISEL, p. 115 ss ; *JAAC*, 1975, N° 1 (exposé de la Division de justice sur l'accomplissement de tâches fédérales par des organismes étrangers à l'administration) ; JAGMETTI, p. 254 ss (structure territoriale des cantons).

[103] Sur leur organisation, GRISEL, p. 117 s., qui les classe toutefois parmi les services décentralisés. BRIDEL, II, N° 534 ss, parle des services autonomes dotés ou non de la personnalité.

[104] Elle dépend directement du Département fédéral des finances et des douanes. Cf. GRISEL, p. 117, qui en fait également un organisme décentralisé.

[105] Institué par la LF du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladie ou d'accidents (RS 832.01). Cf. GRISEL, p. 116.

[106] LF du 17 décembre 1965 (RS 447.1). Cf. GRISEL, p. 127.

[107] Par exemple certaines banques cantonales, établissements cantonaux d'assurance-incendie ou universités cantonales. Cf. GRISEL, p. 115 s., et les monographies citées.

[108] LF du 20 décembre 1946, art. 61 (RS 831.10).

Nous ne nous attarderons pas plus longuement sur ces structures, car les considérations qui justifient le recours à la décentralisation par services sont particulières et sont parfois étrangères à celles qui fondent la décentralisation territoriale. Ainsi lorsqu'un service étatique exerce une activité relevant du droit public, mais proche par sa nature des activités du secteur privé — de par son caractère industriel ou commercial par exemple, il peut être opportun de lui conférer une indépendance relative qui le rapproche ainsi des formes que peut emprunter l'activité privée [109].

2. *La décentralisation territoriale*

a) *Droit fédéral*

Abstraction faite des cantons, dont le statut juridique peut prêter à controverse [110], il n'y a pas, pratiquement, de collectivités publiques *territoriales* de droit fédéral. Cela ne veut d'ailleurs pas dire que celui-ci ne pourrait en instituer, par exemple en prévoyant la constitution de syndicats d'améliorations foncières de droit fédéral [111]. Il est d'autre part admis que la Confédération, dans la mesure où elle agit dans le cadre de ses compétences, prescrive que telle tâche déléguée aux cantons doit être accomplie par l'intermédiaire d'une organisation cantonale décentralisée [112] En tous les cas, lorsque les cantons accomplissent des tâches qui leur sont déléguées par la Confédération, il faut bien admettre qu'ils agissent dans le cadre d'une décentralisation territoriale fédérale, voire même comme organes déconcentrés de l'administration fédérale [113].

---

[109] Ce sont d'ailleurs souvent des motifs analogues qui sont à l'origine de la simple déconcentration par services, ou à l'opposé de la délégation de tâches publiques à des entreprises d'économie mixte, voire à des particuliers. Cf. les exemples cités *in JACC*, 1975, N° 1, p. 8 s.

[110] Cf. ci-après, p. 82 ss.

[111] En se fondant sur l'art. 31 bis, al. 3, litt. b), Const. (consolidation de la propriété rurale) ; la LF du 3 octobre 1951 sur l'agriculture, art. 77, al. 4 (RS 910.01) restitue actuellement cette compétence aux cantons.

[112] Voir note 108 ci-avant, ainsi que p. 110 s. ci-après.

[113] Sinon le canton lui-même, du moins certains fonctionnaires ou autorités, comme les officiers d'état civil (ordonnance fédérale du 1er juin 1953 sur l'état civil, art. 10 à 20, RS 211.112.1). Sur les tâches administratives déléguées aux cantons, AUBERT, N°s 730 et 731.

b) *Droit cantonal*

C'est dans les vingt-cinq droits cantonaux que la décentralisation territoriale se manifeste le plus clairement. Tous les cantons ont fait usage de leurs compétences en matière d'organisation interne pour l'instituer plus ou moins largement [114]. A quelques exceptions près, l'essentiel du phénomène s'observe au *niveau local :* c'est à cet échelon en effet que l'on trouve les *communes,* ainsi que les collectivités publiques qui leur sont apparentées [115].

Loin d'être une division artificielle du territoire, la décentralisation par des collectivités locales correspond le plus souvent à une structure corporative ancienne et traditionnelle [116], ainsi qu'à une certaine réalité sociologique [117]. A cet égard, on peut classer les cantons en deux groupes : ceux qui ont des structures simples, avec un seul type de collectivités locales, et ceux qui ont maintenu une structure plus ou moins complexe, avec deux ou plusieurs types de collectivités [118]. Il reste que la *commune* représente dans tous les cantons l'instrument principal, sinon exclusif, de la décentralisation territoriale. La seule exception notable est la structure pluraliste que l'on trouve dans les cantons de Schwytz et des Grisons, où les districts [119], respectivement les cercles [120], constituent de véritables collectivités décentralisées [121] à l'échelon intermédiaire entre l'Etat et les communes. A ce même échelon, on peut encore citer les groupements de communes (associations intercommunales) dans certains cantons, dans la mesure où ils sont constitués en collectivités publiques et en admettant qu'ils tiennent leurs compétences du canton [122], ce qui est contestable. On rencontre enfin dans quelques can-

---

[114] Il est vrai qu'ils n'en ont pas l'obligation, cf. ci-après, p. 109 ss. La constitution du nouveau canton du Jura reprend également le principe d'une décentralisation territoriale (art. 108-120, texte paru *in* FF, 1977, II, p. 300 ss).

[115] Cf. ci-après, p. 42 et 49 ss.

[116] GIACOMETTI, p. 70. Sur l'origine et l'évolution des communes en Suisse, cf. BRIDEL, I, Nos 151-153 ; BÜTIKOFER, p. 18 ss ; GEIGER, p. 80 ss.

[117] JAGMETTI, p. 364 ss.

[118] Cf. ci-après, p. 49 s.

[119] « Bezirke », art. 70 ss, Const. SZ.

[120] « Kreise », art. 38-39, Const. GR.

[121] Dans le même sens, JAGMETTI, p. 257 ss, avec une description. Cf. pour plus de détails E. SIMON : *Die Bezirke und die Gemeinden als Selbstverwaltungskörper des Kantons Schwyz,* thèse, Berne, 1941.

[122] Nous ne traiterons de ce procédé de collaboration intercommunale que sous l'angle de la protection juridictionnelle des communes : cf. ci-après, p. 179 ss et les références citées en note. Les formes que peuvent prendre les associations de communes (« öffentlich-rechtliche Zweckverbände ») sont très variables d'un canton à l'autre, et la législation est en constante évolution ; pour une vue comparative, cf. l'étude récente de Peter GRÜTER, *Die schweizerischen Zweckverbände,* thèse, Zurich, 1973. La question des associations régionales, créées par le canton, doit toutefois être réservée.

tons des subdivisions de la commune [123] qui sont également des collectivités décentralisées dotées de compétences. Il s'agit en réalité d'une institution mixte, qui tient à la fois du droit cantonal, lequel en réglemente le principe, et du droit communal, car c'est la commune qui opère le partage des compétences [124]. Il nous semble qu'il est plus juste de parler d'une *décentralisation communale* [125].

Nous verrons qu'il y a dans tous les cantons une décentralisation politique outre la décentralisation ordinaire [126]. Remarquons ici que les collectivités décentralisées sont en principe les mêmes dans les deux structures et qu'elles remplissent dès lors une double fonction [127].

3. *La déconcentration au niveau local* [128]

Outre la déconcentration pratiquée au sein même de l'administration cantonale, il existe deux modalités de ce procédé que l'on peut être tenté de rapprocher de la décentralisation elle-même.

a) *Délégation à la commune*

En premier lieu, il arrive que le canton délègue des compétences à un fonctionnaire ou une autorité qui dépend d'une collectivité locale, voire même à cette collectivité en tant que telle. En dépit des apparences, il n'y a pas décentralisation, car si le pouvoir hiérarchique pourra rarement s'exercer sous la forme disciplinaire, il n'en déploira pas moins tous ses autres effets, en particulier sous la forme des injonctions [129]. On relèvera que lorsque c'est la commune elle-même qui se voit ainsi confier une compétence déconcentrée, elle remplit alors une troisième fonction [130].

---

[123] Ou fractions de communes. Cf. ci-après, p. 45 et 71, note 158.

[124] En règle générale, c'est également la commune qui exerce la surveillance directe sur ses subdivisions. En droit vaudois, en revanche, les attributions des fractions de communes sont fixées par l'Etat : art. 131 LC.

[125] Dans le même sens, Jagmetti, p. 260. Il existe également une décentralisation communale par services (par exemple les services industriels communaux lorsqu'ils sont un établissement public personnalisé).

[126] Ci-après, p. 70 ss.

[127] Cf. ci-après, p. 72.

[128] En pratique, l'administration fédérale n'est pas déconcentrée localement, mais le droit fédéral peut prescrire une organisation cantonale de ce type : cf. ci-après, p. 109 ss.

[129] Sur le pouvoir hiérarchique, cf. ci-avant, p. 20 ss.

[130] Cf. ci-après, p. 73.

b) *Délégation à des personnes élues*

En second lieu, le canton peut déléguer des compétences à des agents ou autorités qui sont élus par un groupement de personnes lié à une fraction du territoire : la circonscription administrative [131]. C'est ainsi que les autorités de district, préfets ou conseils de district [132], sont désignées par la population dans la plupart des cantons qui ont une telle division de leur territoire. Il se peut même que les limites de la circonscription administrative correspondent à celles d'une collectivité publique locale [133]. Ces institutions démocratiques viennent certes enrichir l'éventail des droits politiques du citoyen au niveau régional ou local, mais elles ne procèdent pas de la décentralisation, car elles n'impliquent pas la création d'une collectivité publique et les agents ou autorités élus de la sorte demeurent soumis au pouvoir hiérarchique [134]. Notons que c'est à ce propos que certains parlent d'autoadministration (« Selbstverwaltung ») au sens politique [135], savoir le droit des citoyens de désigner des autorités ou des fonctionnaires cantonaux placés à l'échelon régional ou local.

---

[131] La plupart des cantons ont en effet divisé de manière générale leur territoire en districts (« Bezirke » ou « Ämter »), lesquels se divisent encore éventuellement en cercles (« Kreise ») ; seuls les petits cantons font exception, et les communes y font office de circonscription administrative (par exemple OW, NW, ZG, ou AI, où les collectivités locales portent le nom de districts !). On rencontre d'autre part des divisions territoriales créées dans un but particulier, comme la tenue du registre foncier par exemple, sans oublier, dans un autre domaine, les ressorts judiciaires. On trouvera la description de ces structures chez JAGMETTI, p. 255 ss (structures intermédiaires entre cantons et communes) et p. 263 ss (structures territoriales spéciales).

[132] Sur ces autorités, BRIDEL, II, N° 573-574. Le préfet (« Bezirks- » ou « Regierungsstatthalter », ou encore « Bezirksamtmann ») est élu par le peuple notamment à AG, BL, BE, FR, LU, SG, SO, TG, ZH. Seuls les préfets vaudois et valaisans — il n'y a qu'un seul préfet dans le canton de Neuchâtel — sont désignés par le gouvernement. Les premiers ont des compétences étendues (cf. la nouvelle loi vaudoise sur les préfets, du 29 mai 1973).

[133] Cette coïncidence est plus fréquente, s'agissant des ressorts judiciaires inférieurs : dans de nombreux cantons, le juge de paix (« Friedensrichter ») est un magistrat communal. Cf. BRIDEL, II, N°s 610 et 618.

[134] Voir l'exemple des notaires zurichois, qui remplissent à la fois la charge de conservateur du registre foncier et de préposé aux faillites, cité par JAGMETTI, p. 265.

[135] Par exemple GEIGER, p. 39.

CHAPITRE II

La décentralisation territoriale des cantons: les communes

Afin de juger du degré d'intensité de la décentralisation par les communes dans notre pays, nous en examinerons plus en détail les modalités (sections I et II) : ce que sont les communes et leurs compétences, et les garanties qui les protègent. Nous verrons ensuite (section III) que les communes relèvent de la décentralisation tant politique qu'administrative. Puis nous chercherons à voir plus clair dans la distinction classique entre tâches propres et tâches déléguées (section IV). Enfin, nous mettrons en parallèle les cantons et les communes pour tenter de montrer les liens étroits qui unissent le fédéralisme et la décentralisation par les communes (section V).

Section I

Les communes

Dans tous les cantons, les collectivités décentralisées territorialement sont principalement, sinon exclusivement, des communes au sens large du terme (« Gemeinden ») [1]. On les définira donc comme des collectivités publiques à caractère territorial, exerçant au niveau local un pouvoir de puissance publique décentralisé, sous la surveillance de la collectivité supérieure. Le type fondamental de collectivité publique locale est la *commune politique :* elle représente le seul type de commune dans certains cantons [2], et elle existe à titre principal dans tous les autres [3]. C'est à elle que nous consacrerons la presque totalité de notre étude des structures communales, et nous la décrirons en premier lieu.

1. *La commune politique*

On l'appelle dans certains cantons la commune des habitants (« Einwohnergemeinde ») [4], car elle regroupe l'ensemble des personnes domiciliées sur son territoire. Le territoire de l'ensemble des communes poli-

---

[1] L'expression allemande évoque l'idée d'une communauté de personnes, plutôt que celle d'un territoire : BRIDEL, I, N° 158. Voir aussi la définition de JAGMETTI, p. 266.

[2] Soit GE, NE, TI et VD (sous réserve dans ce dernier cas des fractions de communes). Les autres cantons romands ont des bourgeoisies (VS, art. 80 ss Const. révisée) ou des paroisses (FR, art. 285 ss LC ; VS, art. 83 Const. révisée) constituées en collectivités publiques.

[3] Dans la suite du texte, c'est à la commune politique que nous nous référerons lorsque nous parlerons de *commune* sans autre précision. Sur les autres types, cf. ch. 3 ci-après, p. 49 s.

[4] Par exemple AG, BE, LU, SO. « Politische Gemeinde » à ZH. « Ortsgemeinde » à GL et TG. Cf. GRISEL, p. 131, inexact à notre sens en ce qui concerne GL et TG : cf. JAGMETTI, p. 269 et 271, sur ce point.

tiques couvre exactement celui des cantons [5], donc de la Confédération. Rappelons cependant que la commune est le produit d'une décentralisation territoriale cantonale seulement [6]. Elle est bien entendu organisée démocratiquement. Par rapport aux collectivités supérieures, elle est pratiquement la seule qui permette le fonctionnement de la *démocratie directe* [7], et le mécanisme de la démocratie *semi-directe* est généralement plus développé à son niveau qu'aux niveaux supérieurs [8].

Ce qui distingue avant tout la commune politique des autres collectivités locales, c'est sa *vocation générale*. Elle est susceptible d'avoir une multiplicité de buts. Elle est aussi, nous le verrons, l'instrument par excellence de la décentralisation politique [9]. En principe, toutes les communes politiques d'un canton sont sur un pied d'égalité, en ce sens qu'elles ont la même structure interne, les mêmes autorités : la seule différence notable concerne l'autorité délibérante, qui est ordinairement une assemblée populaire et exceptionnellement une assemblée représentative [10].

Les communes politiques sont en outre un *élément de l'organisation constitutionnelle* des cantons. Leur existence, au moins, est mentionnée dans toutes les constitutions cantonales [11]. Les dispositions constitutionnelles qui les concernent en tant que collectivités publiques territoriales [12] ont un contenu et une forme variables d'un canton à l'autre. On peut dire de façon générale que quelques rares cantons les mentionnent expressément en cette

---

[5] A l'exception du territoire de la ville de Bâle, cf. note 20 ci-après.

[6] Cf. ci-avant, p. 38.

[7] Le système de l'assemblée populaire (qui n'existe plus sur le plan cantonal qu'à OW, NW, GL, AI et AR, cf. BRIDEL, I, N° 458 ss) représente le régime ordinaire pour les communes de la très grande majorité des cantons. (Cf. note 10 ci-après.) Voir en outre *La démocratie directe dans les communes suisses,* Recueil de travaux publiés sous la direction de M. BRIDEL, Zurich, 1952.

[8] Plus particulièrement l'institution du référendum, qui peut porter sur les décisions financières, ainsi que sur les plans de zones. Cf. JAGMETTI, p. 353 s. ; BRIDEL, II, N° 584.

[9] Ci-après, p. 70 s.

[10] L'assemblée représentative, ou parlement communal, est généralement réservée aux plus grandes villes et demeure facultative. Le parlement communal est en revanche le régime ordinaire en droit vaudois (où l'assemblée populaire n'est admise que dans les petites communes, art. 85 Const. VD) et il est même obligatoire pour l'ensemble des communes genevoises et neuchâteloises. Sur les différentes autorités communales et l'exercice des droits politiques au niveau local, cf. JAGMETTI, p. 350 ss, et GRISEL, p. 132 ss, ainsi que le Recueil publié par M. BRIDEL, cité note 7 ci-dessus).

[11] Voir la liste des dispositions constitutionnelles dressée par MEYLAN, p. 23, note 8. S'agissant de la constitution du nouveau canton du Jura, cf. son art. 110 (*FF*, 1977, II, p. 301).

[12] Sur le partage constitutionnel des compétences entre canton et communes, cf. ci-après, p. 59 ss.

qualité [13]. Un certain nombre les énumère nommément [14]. La constitution tessinoise se contente d'un seul article prescrivant quelles seront les autorités communales [15]. D'autres cantons enfin consacrent aux communes un chapitre de leur constitution [16]. Outre la mention de l'existence des communes et de leur autonomie [17], les règles constitutionnelles éventuelles portent généralement sur l'organisation et le fonctionnement des communes, en traçant les grandes lignes du partage interne des compétences au sein de la collectivité locale [18]. Elles garantissent par ailleurs souvent aux communes le droit d'avoir un patrimoine et de le gérer, ou encore de gérer des services publics communaux [19].

Pour conclure sur les communes politiques, mentionnons brièvement quelques particularités : en premier lieu, il n'y a pas de commune politique liée au territoire de la ville de Bâle, celle-ci étant administrée directement par le canton [20]. En ce qui concerne les communes du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, elles ne semblent pas avoir d'autorités propres et sont gérées par les autorités cantonales, respectivement par les autorités de la partie extérieure du canton [21].

La structure du canton de Thurgovie se signale d'autre part par la coexistence de deux types de communes politiques dont aucun n'est subordonné à l'autre : la commune municipale (« Munizipalgemeinde ») et la commune locale (« Ortsgemeinde »), le territoire de la première étant formé d'une ou

---

[13] Ainsi GR, art. 40, al. 1, Const. Mais l'absence de cette mention ne les prive pas de cette qualité : cf. MEYLAN, p. 24, note 9, et la doctrine citée.

[14] Cf. note 33 ci-après.

[15] Art. 50 Const. TI.

[16] Ainsi VD, art. 80 ss Const. ; voir aussi et comparer les constitutions récentes de NW (art. 70 ss) et OW (art. 82 ss), toutes deux avec un titre « Kommunale Gewalten »).

[17] Cf. ci-après, p. 60, note 97.

[18] Ainsi OW, art. 92 ss Const. A défaut de leurs compétences respectives, on trouvera souvent mention des autorités législative et exécutive communales, avec leur organisation et leur mode de désignation : par exemple NE, art. 66, ch. 2, Const.

[19] Ainsi NE, art. 64, al. 1 Const. Cf. aussi SG, art. 32, al. 1 Const., qui garantit aux communes le droit de disposer du produit de leurs biens.

[20] Art. 21 Const. BS. Il y a en revanche une commune bourgeoise liée à ce même territoire, avec des autorités propres (art. 14 ss LC BS), et le reste du canton est formé par deux communes politiques, Riehen et Bettingen (art. 4 ss LC BS).

[21] Ce demi-canton possède une structure particulière : il est divisé en deux parties (« Landesteile »), la première formée de cinq communes (appelées « Bezirke ») et la seconde de la sixième commune, Oberegg, qui est enclavée dans le territoire de l'autre demi-canton d'Appenzell. Il n'y a en outre pas de droit de cité communal, mais bien un « Landbürgerrecht ». Sur ce particularisme, cf. JAGMETTI, p. 258 s.

plusieurs communes locales. Ces communes municipales jouent en quelque sorte le rôle de districts [22].

On rencontre par ailleurs dans plusieurs cantons un type de collectivité locale qui regroupe également les habitants et qui peut avoir une vocation générale : les *fractions de communes* [23]. Il est cependant très rare que ces collectivités publiques décentralisées à l'intérieur de la commune ne soient pas soumises à la surveillance de celle-ci, si bien que l'on ne peut les assimiler complètement à des communes politiques. Rappelons enfin que les districts du canton de Schwytz et les cercles du canton des Grisons sont également des collectivités regroupant l'ensemble des habitants domiciliés sur leur territoire, et qu'ils possèdent également une vocation générale [24].

2. *La garantie de l'existence des communes*

Nous savons que la qualité de la garantie offerte par l'ordre juridique quant à l'existence des collectivités décentralisées influe sur le degré de décentralisation. L'atteinte à l'existence des communes peut consister en la suppression — ou encore la modification importante — de l'institution elle-même, ou en la suppression d'une commune en particulier.

a) *La garantie institutionnelle*

S'agissant de la décentralisation par les communes en tant qu'*institution,* on peut dire que la *qualité* de la garantie de son existence est identique dans tous les cantons. En effet, les uns l'accordent explicitement par une disposition constitutionnelle [25] ; quant aux autres, il faut considérer que la garan-

---

[22] Cf. JAGMETTI, p. 269, et ci-après, p. 72, note 164.

[23] Cf. R. ALTHAUS : *Die Unterabteilungen der Gemeinden im schweizerischen Recht,* thèse, Berne, 1949 ; MEYLAN, p. 200 ss. Le droit positif n'est pas toujours clair à leur sujet, cf. JAGMETTI, p. 260 ss, qui considère comme véritables collectivités publiques les fractions de communes à BE, OW, GR et VD, avec une place à part pour les « Zivilgemeinden » zurichoises, qui ne sont pas sous la surveillance de la commune qui les englobe (p. 269). Pour VD (où il y a actuellement dix fractions de communes seulement), cf. art. 129-136 LC. Voir également les textes récents de BE (art. 127-133 LC) et GR (art. 70-76 LC).

[24] Les premiers ont une compétence générale résiduelle (art. 81, al. 2 Const. SZ), alors que les seconds sont limités aux tâches que leur attribue la loi (art. 38, al. 1 Const. GR).

[25] Ainsi OW, art. 82, al. 2 Const. ; NW, art. 70 Const. ; VD, art. 80, al. 1 Const.

tie ressort implicitement du fait que la constitution mentionne l'existence des communes, ou mieux encore contient des principes plus ou moins développés quant à l'organisation communale [26]. L'institution ne pourrait donc être supprimée sans une révision constitutionnelle. En outre, le Tribunal fédéral a fait de cette garantie un véritable droit constitutionnel, même lorsqu'elle est implicite [27].

Les communes peuvent ainsi la faire valoir par la voie du recours de droit public. Encore faudra-t-il, pour que le recours soit admis, que les règles de la révision constitutionnelle n'aient pas été respectées, ou ce qui est encore plus aléatoire, que l'institution soit vidée de sa substance par une ou plusieurs lois cantonales [28]. Quoi qu'il en soit, l'existence d'une organisation communale ne saurait être garantie de manière absolue, à moins de considérer qu'il y a là une limite matérielle à la révision des constitutions cantonales, ce qui n'est pas notre avis [29]. Il en va de même de l'existence individuelle de chaque commune, que nous allons examiner maintenant.

b) *La garantie particulière*

S'agissant de l'atteinte portée à l'existence d'une commune en particulier, elle peut se produire de deux manières : d'une part lorsqu'il y a fusion avec une autre commune, absorption, éventuellement partition d'une commune — sans qu'il y ait à notre avis une différence juridique essentielle entre ces procédés [30], d'autre part lorsque les limites territoriales d'une commune sont modifiées de façon sensible, en particulier lorsqu'une fraction du territoire communal sur laquelle sont domiciliées des personnes est attribuée à une autre commune. Une simple rectification des limites communales n'est en revanche pas constitutive d'atteinte à l'intégrité du territoire communal [31].

---

[26] GIACOMETTI, p. 72. Le TF n'a pas eu l'occasion de distinguer expressément cette garantie institutionnelle de celle qu'il semble reconnaître à l'autonomie communale (en tant que principe d'organisation politique conférant certaines compétences aux communes). Cf. ci-après, p. 155 s.

[27] *Zbl.*, 1971, p. 428 ss, « commune de Höri », à propos de la garantie de l'existence (et de l'intégrité territoriale) des communes prises individuellement.

[28] Cf. ci-après, p. 155 ss.

[29] Cf. ci-après, p. 84, note 221, et p. 91 s. ; GEIGER, p. 123 ss, admet au contraire une telle limite pour l'autonomie communale (ce qui signifie que l'existence d'une organisation communale ne peut jamais être supprimée, même par une révision constitutionnelle).

[30] Dans le même sens, JAGMETTI, p. 302, note 64. Sur les différentes atteintes : GEIGER, p. 134 s. Sur le recours à ces procédés dans la pratique, MEYLAN, p. 162 ss.

[31] ATF 87, I, 213 ss, « commune de Mels ». Sur la problématique de ces modifications de limites : JAGMETTI, p. 298 ss.

Notons que le Tribunal fédéral admet pour sa part que toutes les constitutions cantonales contiennent une garantie relative de l'existence individuelle de la commune, même lorsque cette garantie est implicite. Cela ouvre à la commune la voie du recours de droit public lorsque les règles cantonales concernant son existence individuelle ne sont pas respectées [32].

A cet égard, la *qualité* de la garantie est variable. Si l'on veut en examiner les modalités par ordre décroissant de valeur, le droit positif des cantons peut se résumer comme suit :

Dans certains cantons, la garantie figure au niveau *constitutionnel*. Ce sera le cas en premier lieu lorsque les communes d'un canton sont énumérées nommément, sous réserve que cette énumération ait une valeur constitutive, ce qui est le cas dans cinq cantons [33]. Il en va de même dans le canton de Zoug, dont la constitution mentionne le nombre des communes existantes [34]. La garantie aura à notre avis une valeur au moins égale sinon supérieure lorsque la constitution prévoit expressément que la ou les communes intéressées devront donner leur accord, ce qui est le cas dans deux cantons [35]. Nous assimilons enfin à une garantie de niveau constitutionnel celle offerte par la loi lorsque celle-ci est soumise par la constitution cantonale au référendum obligatoire [36]. Dans tous les cas que nous venons de voir, l'existence d'une commune ne peut être supprimée qu'à la condition de suivre la voie de la révision constitutionnelle.

Dans les autres cantons, c'est la *loi* qui fixe la procédure à suivre pour supprimer l'existence d'une commune, ou encore c'est le législateur qui a le pouvoir de décider la fusion ou l'absorption d'une commune [37]. Les moda-

---

[32] Cf. ci-après, p. 172, ainsi que ATF 89 I 201 ss « commune de Fluelen », avec résumé de la jurisprudence antérieure. Cf. également GEIGER, p. 135 ss, MEYLAN, p. 160, et JAGMETTI, p. 301 ss.

[33] UR (art. 45 Const.), OW (art. 2, al. 1 Const.), GL (art. 68 Const.), AR (art. 3 Const.), AI (art. 15, al. 1 Const.). En revanche, les énumérations à SZ (art. 23 Const.) et SG (art. 113 Const.) sont purement déclaratives ; cf. JAGMETTI, p. 290, note 11. Le droit glaronnais autorise toutefois la fusion de communes à l'initiative de celles-ci, sans qu'il soit nécessaire de réviser la constitution, cf. note 44 ci-après.

[34] Art. 24, al. 1 Const. ZG.

[35] NW (art. 84 Const.) et BS (art. 23 Const.). Cette garantie peut être considérée comme supérieure dans la mesure où il faut deux actes pour imposer une fusion : solliciter l'accord des communes concernées et, en cas de refus, modifier la constitution. On relèvera en outre que l'art. 45, al. 3 Const. TG prévoit que les remaniements de la structure territoriale ne doivent être entrepris qu'à la demande des collectivités inférieures ; cf. toutefois l'art. 2, al. 2 LC TG qui permet au parlement cantonal de se passer de l'accord d'une ou plusieurs communes, s'il y a des motifs importants.

[36] Dans le même sens, GIACOMETTI, p. 73.

[37] Cf. MEYLAN, p. 160, note 17.

lités sont diverses [38]. Plusieurs cantons prévoient que la ou les communes intéressées devront donner leur accord [39]. D'autres ont pour règle qu'un simple *décret* du législateur est suffisant pour ordonner une fusion de communes, auquel cas la décision cantonale peut être soustraite au référendum populaire [40].

Généralement, il est prévu que les communes ont le droit d'être entendues lorsque leur existence est en jeu [41]. Nous pensons même qu'en l'absence d'une telle prescription, le Tribunal fédéral déduirait de la garantie constitutionnelle de l'existence un droit de la commune à être entendue, comme il l'a fait à propos de l'autonomie communale [42].

Ajoutons enfin que la loi qui accorderait au gouvernement, voire à l'administration, le pouvoir de décider les fusions de communes excéderait à notre sens les limites de la délégation de compétence si elle ne prévoit pas avec suffisamment de précision les cas de fusions ou de modifications territoriales importantes : les communes étant en effet des éléments de l'organisation politique au niveau constitutionnel, il nous paraît que seul le législateur est en droit d'en modifier le nombre ou les limites territoriales [43]. D'autre part, si les communes ont droit à une protection relative de leur existence individuelle, elles ne sauraient à l'inverse bénéficier du droit de disposer librement de leur existence, car l'organisation politique du canton en serait ainsi modifiée sans son accord. Au reste, le droit positif des cantons prévoit généralement cette hypothèse en prescrivant l'accord d'une autorité cantonale lorsque la fusion ou l'absorption a lieu à l'initiative des communes concernées [44].

---

[38] Cf. JAGMETTI, p. 303.

[39] Voir par exemple les art. 106 et 107 LC VD.

[40] C'est le cas en droit bernois (art. 63, al. 2 Const. BE), les communes intéressées étant cependant entendues préalablement. Quant au parlement argovien, il décide s'il soumet ou non son décret au vote populaire (art. 25, al. 1, litt. e) Const., et art. 3 LC AG). Cf. sur ce point GEIGER, p. 138 s., qui estime en outre qu'un tel décret doit être soumis à votation en droit valaisan, alors qu'il ne peut faire l'objet d'une demande de référendum en droit tessinois.

[41] Par exemple art. 63, al. 2 Const. BE, art. 26, al. 3 Const. VS, art. 94, al. 1 LC GR.

[42] JAGMETTI, p. 302, note 66, et MEYLAN, p. 161, note 20, sont du même avis. Cf. ci-après, p. 195 s.

[43] Ainsi, la disposition de l'art. 1 LC FR nous paraît trop vague, selon laquelle « la circonscription ultérieure du ressort communal est du domaine de l'administration ». Notons qu'une loi sur les fusions de communes est en préparation dans ce canton.

[44] Ainsi à GL, art. 68, al. 2 Const., qui subordonne la décision des communes à l'approbation du Conseil d'Etat et réserve un recours au Grand Conseil. La délégation de la compétence d'approbation à l'exécutif ne nous paraît admissible que si elle se fonde là aussi sur un texte suffisamment précis. Sur les modalités de ces fusions volontaires, cf. JAGMETTI, p. 303.

3. *Les autres types de communes*

Dans de nombreux cantons, dont tous les cantons de la Suisse allemande, on trouve des collectivités publiques locales, dont l'existence est prévue au niveau constitutionnel et qui se caractérisent par le fait qu'elles ont une *vocation spéciale*. Elles ont pour but de remplir une tâche déterminée : l'octroi du droit de cité communal et la gestion du patrimoine bourgeoisial (communes bourgeoises ou bourgeoisies), l'instruction publique (communes scolaires), le culte (communes ecclésiastiques ou paroisses), et l'assistance publique (communes d'assistance). A quelques exceptions près, il s'agit de collectivités ayant un caractère territorial, critère de rattachement auquel peut s'ajouter celui du lien personnel [45].

Parmi ces communes spéciales, celles qui se rapprochent le plus de la commune politique, du fait qu'elles regroupent la même population, sont les *communes scolaires* [46], encore que leurs limites territoriales ne correspondent pas forcément à celles des communes politiques, ainsi que les *communes d'assistance*, lesquelles sont par ailleurs en voie de disparition [47].

---

[45] Le cercle des membres de la collectivité est alors moins large que celui des habitants du même territoire. Cf. GIACOMETTI, p. 81 ss. Sur ces communes à but déterminé, cf. R. WALTHARD, *Die Gliederung der Gemeinden im schweizerischen Recht nach ihren Zwecken*, thèse, Berne, 1924, ainsi que JAGMETTI, p. 270 ss. Un risque de confusion existe avec certaines corporations de droit public cantonal, principalement dans la Suisse primitive, qui ont un caractère privé prédominant et n'ont pas de pouvoir de puissance publique sur leur territoire : il s'agit le plus souvent de communautés d'usagers, lesquels s'approvisionnent en eau ou exploitent en commun des alpages ou des forêts ; il arrive qu'on parle de communes à leur propos (ainsi les « Korporationsgemeinden » en droit lucernois ; art. 93 Const. LU) mais elles n'en sont pas et se distinguent des communes bourgeoises que nous verrons plus loin, p. 50 ; cf. JAGMETTI, p. 273 s., avec l'exemple des « patriziati » tessinois.

[46] « Schulgemeinden ». Cf. JAGMETTI, p. 270. Il peut y en avoir plusieurs types, ainsi à ZH (l'un pour l'école primaire, l'autre pour l'école secondaire), art. 1, 81 et 82 LC ZH. Dans certains cantons, les communes scolaires ne sont pas des collectivités publiques, mais des regroupements de communes : JAGMETTI, p. 270, note 87, pour BE et BL.

[47] « Fürsorgekreise » à Glaris (art. 79 ss Const. GL) ; « Armengemeinden » à Nidwald, où il est prévu de les remplacer par une autre structure (art. 105 Const. NW ; elles ne sont pas mentionnées dans la LC de 1974).

[48] « Kirchgemeinden ». Elles peuvent exister pour une ou plusieurs confessions. Leur statut dépend étroitement des rapports entre l'Eglise, ou les Eglises, et le canton (JAGMETTI, p. 272 s.). Cf. E. FRIESENHAHN, « Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts ? », *RDS*, 1975, I, p. 1 à 33, avec quelques indications relatives au droit suisse ; Ph. GARDAZ, *Organisation ecclésiastique cantonale et droit fédéral*, thèse, Lausanne, 1973, p. 24 ss et p. 108 (notes 32 et 33).

Les *paroisses* qui ont le statut de collectivités publiques de droit cantonal [48] n'exercent [49] généralement que des prérogatives fiscales auprès de leurs membres.

Quant aux *communes bourgeoises,* elles représentent le type spécial le plus fréquent : leur existence est prévue dans une vingtaine de cantons [50]. Elles ne regroupent que les personnes qui possèdent le même droit de cité, les personnes qui sont donc originaires de l'endroit et qui doivent généralement y être domiciliées [51]. Alors qu'elles avaient précédé historiquement les communes politiques, les bourgeoisies ont aujourd'hui perdu de leur importance et leur pouvoir de puissance publique se limite généralement à l'octroi du droit de cité communal [52].

Section II

Les compétences communales

L'activité des communes suisses se déploie dans des domaines et sous des formes extrêmement variés. En outre, notre structure fédérale est ainsi conçue que l'organisation communale relève du droit cantonal [53]. Or, le volume, le contenu et la portée des compétences communales diffèrent considérablement d'un canton à l'autre. Cette diversité des droits cantonaux en matière communale est caractéristique du droit suisse ; elle s'explique d'ailleurs aisément par des facteurs tant historiques que géographiques (taille ou topographie du canton), économiques (canton urbain ou canton rural), ou encore sociaux.

---

[49] Dans la règle, elles désignent en outre leurs desservants.

[50] Généralement appelées « Bürgergemeinden » (bourgeoisies en Valais). Sur leur organisation et sur la distinction entre communes bourgeoises et corporations sans pouvoir de puissance publique : JAGMETTI, p. 271 s. et 273. Voir également BRIDEL, I, N° 153.

[51] A LU (art. 90, al. 1 et 2 Const.), OW (art. 96, al. 1, et 97 Const.) et ZG (art. 71, al. 1 et 2 Const.), tous les ressortissants du lieu font partie de la commune bourgeoise, mais seuls ceux qui y ont leur domicile peuvent voter dans les affaires bourgeoisiales.

[52] Elles ont aujourd'hui largement perdu leurs compétences traditionnelles en matière d'assistance publique. Cf. toutefois le plaidoyer en faveur de la survivance des communes bourgeoises de M. K. BUCHMANN, *in Le fédéralisme réexaminé,* vol. 3, p. 814 ss, avec de nombreuses indications sur les tâches variées que peuvent entreprendre les bourgeoisies, notamment pour le compte des communes politiques (mais selon nous sans faire à proprement parler usage de la puissance publique).

[53] Cf. ci-après, p. 98 ss.

1. *Généralités*

Dès lors que l'activité communale n'a pas un contenu déterminé valable pour tous les cantons, il n'est guère pensable de dresser un inventaire détaillé des compétences communales dans les vingt-cinq cantons et demi-cantons. Ce sont d'ailleurs des données soumises à constante évolution. Il serait erroné de se fier aux seuls textes du droit cantonal : ces textes peuvent être extrêmement laconiques ou se limiter à des généralités trompeuses, laissant ainsi une large place à la coutume et à la pratique des autorités cantonales ; de plus, ils ne contiennent généralement que peu ou pas d'indications au sujet de l'activité — non négligeable — que les communes assument de leur propre initiative.

On peut en revanche dire que dans tous les cantons, les communes disposent de compétences relatives à leur *organisation interne* et à la gestion de leurs *finances*, en particulier l'administration de leurs biens, et que leurs autres compétences s'exercent généralement dans les domaines suivants [54] :

— la police locale au sens large, qui comprend aussi bien l'ordre et la tranquillité publics que l'usage du domaine public, l'hygiène publique, la police du commerce, le contrôle des habitants, la lutte contre le feu et la police des constructions [55] ;

— l'aménagement local du territoire [56] ;

— la prévoyance sociale [57] ;

— les travaux d'équipement (infrastructure routière, protection civile, épuration des eaux) ;

— les services publics de distribution d'eau et d'énergie ;

— les activités sportives et culturelles (aménagement d'installations et organisation de manifestations) [58].

---

[54] On trouvera une description plus détaillée des attributions communales en général chez BRIDEL, I, N° 166 à 179 ; voir de même l'analyse comparée et fouillée de MEYLAN, p. 121 à 139, à propos du champ et de la portée de l'autonomie communale dans divers droits cantonaux.

[55] Sauf BS et GE sur ce dernier point. Cf. MEYLAN, p. 129. A propos de BS, cf. toutefois JAGMETTI, p. 308, note 6.

[56] Sauf à BS et GE. MEYLAN, p. 127.

[57] Dans laquelle l'assistance publique — tâche communale traditionnelle — prend de moins en moins de place, surtout depuis la suppression du principe de l'assistance par la commune d'origine de l'indigent. Cf. ci-après p. 97, note 8.

[58] On peut ajouter les activités que les communes assument ou entreprennent en matière de protection de l'environnement, lesquelles peuvent se ranger dans plusieurs des domaines cités. Cf. également p. 147, notes 161 et 162.

Les communes, on le voit, sont loin de se limiter à édicter ou appliquer des règles organisant la collectivité publique ou fixant le comportement des individus. Elles utilisent au contraire leur pouvoir de puissance publique en grande partie pour fournir à leurs habitants des prestations visant le bien-être commun : tout comme les collectivités supérieures, elles participent largement à la réalisation de l'Etat-providence [59].

2. *La fonction mise en œuvre*

Virtuellement, les compétences communales peuvent impliquer l'usage des trois fonctions traditionnelles de l'Etat. En réalité, l'activité administrative des communes représente quantitativement la plus large part, et leur pouvoir judiciaire est généralement réduit à sa plus simple expression.

a) *Les compétences législatives*

L'octroi du pouvoir normatif, dans la mesure où il dépasse le strict cadre de la délégation législative [60], est à notre avis révélateur d'un degré poussé de décentralisation : il autorise en effet la commune à opérer un plus ou moins grand nombre de choix en opportunité, choix qui peuvent aller dans certains cas jusqu'à la décision de principe de réglementer ou non tel objet ou domaine. C'est précisément ce que prévoit le droit positif lorsqu'il reconnaît expressément aux communes le droit non seulement d'administrer, mais encore de régler leurs affaires [61], ou encore lorsque la loi prescrit qu'un domaine déterminé peut ou doit faire l'objet d'une réglementation communale [62].

---

[59] « Leistungsstaat » ; sur cette notion, cf. J.-P. MÜLLER *Soziale Grundrechte in der Verfassung,* rapport à la Société suisse des juristes, *RDS,* 1973, II, p. 731 ss et 745 ss. Voir également GRISEL, p. 165 s. à propos des prestations fournies par l'administration (« Leistungsverwaltung »). A l'origine, la notion de « Daseinsvorsorge », créée par FORSTHOFF (p. 368 ss) et reprise par la doctrine allemande, désignait la même sphère d'activité, mais elle semble avoir pris un sens plus général et recouvrir l'ensemble des services publics (FORSTHOFF, p. 410). Sur cet aspect de l'activité communale : JAGMETTI, p. 370 ss, qui relève les carences des structures actuelles ; FORSTHOFF, p. 567 ss.

[60] Cf. ci-avant p. 28, note 65.

[61] « Ihre Angelegenheiten ordnen und verwalten ». Cf. par exemple AG, art. 44, al. 1 Const., et les textes cités par GEIGER, p. 102, note 24. MEYLAN, p. 43, note 1, donne une liste de dispositions constitutionnelles ou légales qui prévoient un pouvoir normatif des communes.

[62] Voir des exemples ci-après p. 134 ss.

Mais surtout, le *pouvoir normatif* des communes ne résulte pas nécessairement d'une prescription de la loi : la grande majorité de la doctrine, ainsi que le Tribunal fédéral, admettent [63] que les communes peuvent exercer des compétences à caractère législatif [64] sans autre fondement légal que celui que leur fournit explicitement ou implicitement la constitution cantonale [65]. Ce qui signifie que les communes, pour autant qu'elles agissent dans la sphère de leurs compétences constitutionnelles [66], sont en droit d'édicter une réglementation constituant, en l'absence d'une loi cantonale, une *base légale suffisante* pour restreindre des droits individuels constitutionnellement garantis comme la propriété privée, la liberté personnelle ou la liberté du commerce et de l'industrie [67]. Ainsi, une commune peut fonder sur son seul règlement de police une charge préférentielle en nature qui impose aux riverains le nettoyage et le sablage des trottoirs en cas de neige, pour autant que la police locale entre dans ses attributions constitutionnelles [68].

Certes, l'activité normative des communes, dans les principaux domaines où elle se manifeste, se fonde presque toujours sur des dispositions cantonales expresses et non sur la simple titularité de la puissance publique. Il n'en demeure pas moins que les compétences législatives de la commune représentent l'un des éléments essentiels de l'autonomie communale en Suisse, et que le droit communal joue le rôle d'une source autonome de droit qui peut être très riche dans certains cantons [69].

---

[63] Cf. parmi d'autres IMBODEN, *Gemeindeautonomie*, p. 99 s. et MEYLAN, p. 43, note 3, avec les auteurs cités. Contra : BRIDEL, I, N° 156. Dans la jurisprudence : ATF 100 I a) p. 290, « commune scolaire de Küsnacht » (réglementation de l'accès à une piscine), ATF 97 I 513 s., « commune de Romanel » (réglementation des heures d'ouverture des magasins), et les arrêts cités par MEYLAN, p. 43, note 4.

[64] Pour notre part, nous pensons qu'il faut parler à cet égard de *pouvoir législatif* de la commune, ainsi que du *législateur* communal pour l'organe délibérant. Ce serait en revanche méconnaître l'usage courant en français que de parler de lois communales à propos des règlements édictés par les communes ; relevons cependant que quelques cantons alémaniques les désignent par le vocable « Gemeindegesetze » ; par exemple GR, art. 2, al. 2 LC, selon lequel les communes se donnent une constitution (règlement d'organisation) et édictent des lois, ordonnances et règlements ! Pour éviter toute confusion, nous appellerons *règlements* ou *réglementation* les normes du droit communal.

[65] Cf. ci-après p. 63 s.

[66] Ou compétences propres. Cf. ci-après p. 59 ss et 63 s.

[67] Dans le même sens, SALADIN, p. 158, GRISEL, p. 135. Contra : GIACOMETTI, p. 77. Ce pouvoir normatif n'est pas limité à certaines restrictions seulement (les règles de police par exemple) : cf. MEYLAN, p. 47 s.

[68] *Zbl.* 1946, p. 207 s. (décision du Conseil d'Etat argovien). De même, en droit lucernois, la commune peut édicter une réglementation sur la lutte contre le bruit, assortie de sanctions pénales : ATF 96 I p. 30 s. « von Euw ».

[69] Dans les Grisons par exemple. Cf. JAGMETTI, p. 308 (notes 2 et 3).

En raison de la grande diversité des solutions cantonales, il serait trop long d'examiner dans le détail sur quels objets porte en réalité la réglementation communale. On en trouvera de nombreuses illustrations dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, auquel les communes soumettent fréquemment des litiges survenus à propos du refus du canton d'approuver un règlement communal ou de l'interprétation d'un règlement communal par une autorité cantonale [70]. On peut toutefois citer de façon sommaire quelques *domaines* dans lesquels les communes de la plupart des cantons exercent un pouvoir législatif portant sur un plus ou moins grand nombre d'objets.

Il s'agit d'abord des tâches qui touchent à l'existence même et au fonctionnement en général de toute collectivité publique : l'organisation interne (règles sur l'organisation de l'administration communale et sur les rapports de service du personnel communal) et certains objets relevant des finances communales (réglementation relative aux impôts et aux taxes). On mentionnera ensuite l'aménagement local du territoire (établissement de plans de zones et des règles qui s'y rapportent) et la police des constructions (la plupart des communes ont un règlement sur les constructions). Pour ce qui est des activités de police au sens large, les communes réglementent plus ou moins librement l'ordre et la tranquillité publics sur leur territoire, mais elles édictent également très souvent des règles de police du commerce (en particulier au sujet des marchés publics et des heures d'ouverture et de fermeture des magasins), des règles relatives à l'usage de leur domaine public (conditions d'octroi d'autorisations ou concessions par exemple), ainsi que dans une moindre mesure des prescriptions en matière d'hygiène publique (réglementation des abattoirs publics) [71] ou encore de police des inhumations et incinérations [72]. Il est enfin possible que les communes exercent un pouvoir normatif plus ou moins étendu dans le cadre des activités qu'elles choisissent librement d'assumer : ainsi lorsqu'elles réglementent l'utilisation d'installations sportives ou culturelles qu'elles ont créées [73], ou encore lorsqu'elles déterminent les rapports qu'entretiennent certains de leurs services publics avec leurs usagers (pour la fourniture d'énergie par des services industriels communaux par exemple).

---

[70] Il faut y ajouter les recours de droit public formés par des particuliers contre une réglementation communale validée par la juridiction cantonale : ATF 99 I a p. 581 ss, « Bernasconi » (règlement communal d'urbanisme). Bon nombre de ces arrêts concernent le droit communal des constructions, mais on trouvera d'autres cas dans la jurisprudence citée dans notre deuxième partie, notamment p. 134 ss et p. 145 ss.

[71] Cette réglementation est prévue par le droit fédéral, cf. ci-après p. 105 et note 45.

[72] Généralement par des règlements communaux sur les cimetières : ATF 101 I a), p. 392 ss, « commune de Hünenberg ».

[73] ATF 100 I a), p. 287 ss « commune scolaire de Küsnacht » (utilisation d'une piscine publique).

b) *Les compétences administratives*

Ces compétences administratives sont de trois ordres. D'une part les communes appliquent pour ainsi dire toujours — en première instance tout au moins — leur *propre droit*. Mais elles appliquent en outre très fréquemment le *droit des collectivités supérieures*, cantonal ou fédéral, et c'est à ce propos que l'on parle généralement de tâches déléguées [74]. Enfin, elles prennent un certain nombre de décisions qui relèvent de l'*administration libre* [75] : elles réalisent des travaux d'équipement, elles organisent certaines activités (le ramassage des ordures par exemple), ou encore elles octroient des subventions, tout cela en l'absence d'une base légale cantonale ou communale. Cette libre activité ne peut toutefois se déployer, à notre sens, que dans les seuls domaines où les communes ont expressément ou virtuellement la compétence d'édicter des règles de caractère normatif [76].

Les compétences administratives des communes s'exercent à propos d'une foule d'objets qu'il n'est pas possible de décrire ici dans le détail. Aux actes administratifs communaux au sens étroit, soit les actes juridiques contraignants décrétés par la commune dans un cas d'espèce, il convient d'ajouter les nombreuses décisions financières (en matière immobilière par exemple) qui n'ont pas un caractère essentiellement privé, les décisions relatives aux traitements du personnel communal, ainsi que toute l'activité matérielle qui sert à la réalisation d'une tâche publique [77].

Outre les décisions à caractère financier, en particulier celles relatives aux investissements — qui revêtent une importance croissante, l'activité administrative des communes de la plupart des cantons concerne principalement les tâches de police au sens large (notamment en matière de circulation, de voirie, de police du commerce, de contrôle sanitaire et de police des constructions), l'enseignement primaire, la prévoyance sociale, les travaux d'équipement ainsi que les services industriels.

---

[74] Cf. ci-après p. 74 ss.

[75] Par opposition à l'administration dite liée. La limite est controversée en droit suisse. GRISEL, p. 166 et 223, cite notamment l'organisation de transports, l'aménagement du domaine public, l'exploitation d'entreprises publiques et certains contrats administratifs, comme échappant au principe de la réserve de la loi. Comme le relève AUBERT, No 727, il reste que l'administration publique est parfois libre, parfois liée.

[76] Ainsi toutes les tâches qu'elles prennent l'initiative d'accomplir en se fondant sur leur compétence générale résiduelle, cf. ci-après, p. 57 s.

[77] Par exemple le ramassage et l'élimination des ordures : ATF 100 I a), p. 282 s. « commune de Lens ».

c) *Les compétences judiciaires*

C'est la portion congrue de l'activité communale. Le pouvoir d'organisation judiciaire échappe en effet presque complètement aux communes. En matière *civile,* quelques cantons confient à un magistrat communal l'administration de la basse justice : cela revient à faire coïncider le ressort du juge de paix, lequel est élu au suffrage direct, avec le territoire communal [78]. En matière *pénale* en revanche, ce sont généralement des autorités communales qui sanctionnent en première instance les contraventions aux règlements communaux, en suivant une procédure que la commune peut parfois déterminer sur quelques points particuliers [79]. En matière de juridiction *administrative* enfin, il n'existe pas d'instance générale de recours au niveau communal, mais on peut trouver des instances spéciales [80].

3. *Les catégories de tâches communales*

a) *Les tâches propres à la commune*

On rencontre fréquemment dans le droit positif la mention d'affaires publiques qui appartiennent en propre à la commune, sans que celles-ci soient pour autant déterminées matériellement [81]. Ne serait-ce que pour ce motif, la doctrine s'est interrogée sur la nature de l'activité communale. Existe-t-il des tâches *d'intérêt local* — ou communal ce qui revient au même, alors que d'autres sont *d'intérêt général* — cantonal ou fédéral — et sont réservées aux collectivités supérieures, qui peuvent en rétrocéder partiellement l'accomplissement aux collectivités inférieures ? Existe-t-il en d'autres termes une sphère réservée, par la constitution cantonale par exemple, à l'exercice de certaines compétences communales ?

La réponse que la doctrine et la jurisprudence ont généralement apportée à cette question forme ce qu'il est convenu d'appeler la théorie des deux rayons d'action, laquelle distingue entre tâches communales *propres* et tâches communales *déléguées.* L'importance attribuée à cette distinction

---

[78] Cf. ci-avant, p. 40.

[79] Par exemple en désignant l'autorité compétente. Cf. la loi vaudoise du 17 novembre 1969 sur les sentences municipales (art. 12) qui prévoit que l'exécutif peut déléguer ses compétences à un ou plusieurs de ses membres, voire à un fonctionnaire spécialisé, tout en conservant le droit de statuer lui-même en leur lieu et place.

[80] Par exemple en matière d'imposition fiscale ou d'autorisations de police. Sur cette activité communale, cf. GEIGER, p. 46.

[81] Cf. ci-après, p. 60.

nous a conduit à l'analyser dans le cadre d'une section particulière [82], où nous verrons également ce qu'il convient d'en conserver. Précisons d'emblée qu'il nous paraît problématique de déterminer concrètement les tâches qui auraient un pur caractère local, ou encore un caractère local prépondérant. Il n'en est pas moins vrai que la commune agit à des titres différents selon qu'elle accomplit une tâche dans le cadre de la décentralisation politique, dans celui de la décentralisation administrative, ou encore dans celui d'une simple déconcentration [83].

b) *Les tâches corporatives*

Une place à part est fréquemment ménagée aux tâches dites corporatives [84], soit celles qui sont indispensables à l'existence et au fonctionnement d'une collectivité publique : aménagement de sa structure interne, désignation de ses autorités et de son personnel, gestion de ses finances. Il ne s'agit pas à proprement parler de tâches en soi, mais bien plutôt de compétences dont l'exercice est vital pour la réalisation de l'ensemble de l'activité communale. On parle couramment à ce propos d'autonomie d'organisation et d'autonomie financière [85] : toutes les communes suisses en jouissent dans une mesure plus ou moins grande et il est essentiel d'en étudier la portée si l'on veut se faire une idée du degré de décentralisation d'un canton donné. En revanche, il nous paraît impossible d'en qualifier juridiquement le contenu nécessaire.

c) *Les tâches obligatoires et facultatives*

On peut enfin classer les tâches communales selon qu'elles sont obligatoires ou facultatives [86]. Ce classement s'opère aisément, car le droit positif est généralement explicite sur ce point. En outre, même en l'absence de texte, il serait difficilement concevable que certaines compétences ne soient

---

[82] Cf. ci-après, p. 73 ss.

[83] Dans le même sens, MEYLAN, p. 28. Sur les effets que cela peut avoir sur la protection juridictionnelle fédérale des communes, cf. p. 196 ss.

[84] GIACOMETTI, p. 79, GEIGER, p. 73 ss.

[85] Parmi d'autres, GIACOMETTI, p. 79 s., qui parle de « Verfassungsautonomie » pour les compétences en matière d'organisation. Sur l'organisation communale, BRIDEL, I, N° 167 / II N° 584 ss ; cf. également ci-avant, p. 43. Nous renonçons à traiter ici des diverses compétences financières, notamment fiscales, des communes ; cf. l'analyse comparée de MEYLAN, p. 127 ss, ainsi que celle de JAGMETTI, p. 304 ss (droits patrimoniaux).

[86] MEYLAN, p. 31, JAGMETTI, p. 327. Contrairement à ce que prétend GEIGER, p. 42, les tâches déléguées ne sont pas forcément obligatoires, cf. BRIDEL, I, N° 162, SIGG, p. 21.

pas exercées : nous pensons à celles qui, nous l'avons vu, sont indispensables à l'existence et au fonctionnement de la commune. Dans le même ordre d'idées, lorsqu'une commune a usé de sa faculté d'assumer librement une tâche, elle se trouve dans l'obligation d'exercer les compétences nécessaires à sa réalisation, sauf à revenir sur sa décision initiale — ce qui n'est possible qu'à certaines conditions : parallélisme des formes, respect des principes de la non-rétroactivité et de la bonne foi notamment.

La *compétence générale résiduelle* reconnue aux communes [87] est génératrice d'un nombre indéterminé de tâches facultatives : que l'on songe notamment à tout le secteur de la culture et des loisirs, ainsi qu'à celui de la protection de l'environnement, ou encore à la politique sociale des communes (par exemple l'aide aux personnes nécessiteuses ou âgées, l'encouragement à la construction de logements à loyers modérés).

Cela ne signifie nullement que les compétences que l'ordre juridique confie *expressément* à la commune soient toujours obligatoires, y compris lorsqu'il s'agit de tâches considérées comme déléguées. Ainsi, les communes ne sont pas toujours obligées de prélever des impôts (tout au moins lorsque leurs autres ressources suffisent à équilibrer leurs comptes), ou d'édicter tel règlement (en matière de police du commerce [88] ou des constructions par exemple) [89]. Même lorsque le canton s'est réservé le droit exclusif de réglementer un domaine, il arrive qu'il édicte des normes qu'il laisse les communes libres de mettre ou non en vigueur sur leur territoire [90]. Ce sera beaucoup plus rare en revanche lorsque l'Etat opère une délégation de compétences administratives. Il convient enfin de citer un cas particulier, relativement fréquent s'agissant de compétences cantonales partiellement déléguées aux communes : l'accomplissement d'une tâche déterminée demeure facultatif pour certaines communes du canton (les plus petites ou les plus grandes par la population par exemple), alors qu'il est obligatoire pour les autres, selon des critères dont la collectivité supérieure est seule juge [91]. L'égalité entre les collectivités décentralisées n'est alors plus respectée [92].

---

[87] Cf. ci-après p. 63 s.

[88] Sur les heures d'ouverture des magasins à VD : ATF 97 I p. 513, c. 3 « commune de Romanel ».

[89] Dans l'ancien droit zurichois par exemple, pour certaines communes situées hors des zones d'agglomération, cf. JAGMETTI, p. 314, note 27.

[90] Cf. ci-après p. 137 s. On peut se demander s'il s'agit alors de droit cantonal ou communal.

[91] Cf. l'exemple cité en note 89 ci-avant.

[92] Cela est également possible pour des tâches communales propres ou primaires (cf. ci-après p. 63 s.) : dans la mesure où cette inégalité est prévue par la constitution cantonale, cela ne nous paraît pas incompatible avec le principe d'une décentralisation politique. On comparera avec l'égalité dans la détermination en droit fédéral des pou-

Si l'exercice facultatif d'une compétence implique une liberté de choix plus grande pour son titulaire, cette liberté ne saurait cependant être illimitée, ainsi que nous le verrons à propos de la portée de l'autonomie communale [93]. Enfin, l'évolution de l'activité publique est telle que l'on va sans doute vers un accroissement des tâches communales obligatoires : dans des domaines toujours plus nombreux, la collectivité supérieure ne saurait en effet tolérer que les collectivités inférieures décident à leur guise si elles vont agir ou demeurer inactives.

4. *Le partage des compétences*

Faute d'unité suffisante, nous ne décrirons pas le partage des compétences tel qu'il se réalise matériellement dans les vingt-cinq droits cantonaux [94]. En revanche, les solutions cantonales quant au *mécanisme* même du partage sont relativement uniformes, ce qui est remarquable, car la Constitution fédérale ne prescrit rien aux cantons sur ce point [95]. C'est ce mécanisme que nous allons tenter de démonter maintenant, en examinant successivement les normes instituant le partage, les modalités essentielles de celui-ci et les garanties qui en découlent.

a) *Le partage au niveau constitutionnel*

Il est très généralement admis [96] que le *principe* d'une répartition de compétences en faveur des communes est ancré dans toutes les constitutions cantonales. Dans de nombreux cantons, cela résulte d'ailleurs explicitement du texte constitutionnel lorsqu'il prévoit sous une forme très générale que les

---

voirs cantonaux, qui est absolue (AUBERT, N° 563), alors que les communes d'un même canton n'ont pas forcément les mêmes compétences en matière d'organisation interne (par exemple en Suisse alémanique, les communes qui sont privées du droit de se donner un parlement communal, parce que leur population n'est pas suffisamment importante ; cf. ci-avant, p. 43, note 10.

[93] Cf. ci-après p. 144 ss.

[94] On trouve de nombreuses monographies à ce sujet, cf. les références données au début de notre bibliographie.

[95] Cf. ci-après p. 99 s.

[96] Cf. MEYLAN, p. 89 et la doctrine citée (note 6). Voir en outre la comparaison entre les différentes constitutions cantonales faites par GEIGER, p. 101 ss.

communes accomplissent certaines tâches, en ajoutant souvent qu'elles le font, ou ont le droit de le faire, sous leur propre responsabilité [97]. Ces tâches sont généralement définies comme les affaires revenant en propre aux communes [98], ou encore les affaires locales [99]. Ce principe d'une sphère de compétences communales instituée par la constitution, on le déduit implicitement dans les autres cantons du fait que la constitution consacre l'existence des communes et leur reconnaît plus ou moins explicitement certaines compétences comme un pouvoir réglementaire ou fiscal, le droit d'avoir des finances propres ou celui d'accomplir certaines tâches déterminées. Ajoutons enfin que plusieurs constitutions prévoient que les communes accomplissent non seulement les tâches qui font partie de leur rayon d'action propre, mais encore d'autres tâches que le canton leur délègue [100].

Au-delà du principe d'un partage, les constitutions cantonales ne contiennent guère de précisions sur le *contenu matériel* des compétences communales. Si certains pouvoirs sont mentionnés, comme le pouvoir normatif ou le pouvoir fiscal, leurs objets restent indéterminés [101]. Parfois, la constitution cite quelques domaines relevant de la compétence communale exclusivement (ce qui est rare) ou non : ce sont généralement les tâches de police locale [102], qui forment une activité traditionnelle des communes, et l'instruction publi-

---

[97] On retrouve fréquemment la formule selon laquelle les communes règlent *indépendamment* leurs propres affaires dans les limites de la Constitution et des lois ; (« ihre Angelegenheiten innerhalb der Schranken der Verfassung und der Gesetze *selbständig* ») (art. 48 Const. ZH) ; de même à LU, art. 75, al. 1 Const. ; OW, art. 83 Const. ; SO, art. 54 Const. ; SH, art. 46 Const. ; AR, art. 72, al. 1 Const. ; AG, art. 44, al. 1 Const. Le droit vaudois parle d'*indépendance* communale (art. 80, al. 3, Const. VD), alors qu'à VS et NE, la Const. mentionne simplement *l'autonomie* communale (art. 70 révisé Const. VS ; art. 64, al. 3 Const. NE).

[98] Cf. l'expression « ihre Angelegenheiten » citée à la note précédente. Cf. en outre NW, art. 71, al. 2 Const. (organisation et rayon d'action propre) ; BL, art. 33, al. 1 Const. (« ihr Wirkungskreis ») ; GR, art. 40, al. 3 Const. Dans les cantons romands, cette notion n'apparaît pas dans les constitutions.

[99] VS, art. 69 Const. révisée ; NE, art. 64, al. 1 Const. (gestion des services publics locaux) ; SZ, art. 87 Const. (obligations locales qui découlent de l'autonomie) ; NW, art. 71, al. 1 et 85 (communes politiques) Const. ; OW, art. 91, al. 2 Const. (communes politiques). Ces deux dernières constitutions sont récentes : 1965, respectivement 1968.

[100] SZ, art. 87 Const. ; BL, art. 33, al. 1 Const. (participation à l'administration cantonale) ; VS, art. 70, al. 2 Const. révisée.

[101] *Pouvoir normatif :* par exemple VS, art. 75, al. 2 Const. révisée ; GR, art. 40, al. 1 Const. ; cf. en outre ci-avant, p. 52, note 61. *Pouvoir fiscal :* par exemple UR, art. 38, al. 1 Const. ; GL, art. 73, al. 3 Const. (art. 76 et 83 pour les communes scolaires et d'assistance) ; BL, art. 33 bis, al. 1 Const. ; NE, art. 16, al. 1 Const.

[102] ZG, art. 70, al. 6 Const. ; GR, art. 40, al. 2 Const. Le fait de citer certains domaines n'en exclut pas d'autres : GEIGER, p. 102.

que, sans doute à cause de l'importance que l'on attribue à cette tâche [103]. Dans quelques cantons, le constituant a même entrepris d'énoncer les principaux buts assignés à l'Etat et aux communes, mais la plupart de ces buts sont présentés comme communs au canton et aux communes, sans indication supplémentaire sur le partage effectif des compétences [104]. Enfin, certaines compétences communales peuvent se déduire indirectement des règles constitutionnelles sur la répartition des compétences à l'intérieur de la commune [105] ou sur la surveillance exercée par le canton [106].

Dans aucune constitution cantonale, on ne trouve une liste exhaustive des compétences communales, pas plus qu'une liste exhaustive des compétences cantonales. Il faut dès lors recourir à une autre règle constitutionnelle, le plus souvent explicite : les compétences communales ne peuvent s'exercer que dans les limites de la loi [107]. Dans la mesure où elle exprime le fait que les communes sont soumises à l'ordre juridique cantonal, cette règle est logique, mais elle a pour autre conséquence que le partage effectif des compétences est opéré par le *législateur*. Ce renvoi à la loi est d'ailleurs formulé explicitement par certaines constitutions [108]. En résumé, s'il y a bien une sphère d'activité communale instituée au niveau constitutionnel, le pouvoir de la *qualifier* appartient très largement au législateur cantonal.

b) *Le partage au niveau de la loi*

A l'exception de quatre d'entre eux [109], tous les cantons ont édicté une *loi générale* sur les communes [110]. Il serait cependant faux de croire que ces lois vont nous donner la clé du partage des compétences.

---

[103] Par exemple ZG, art. 70, al. 6 Const. ; FR, art. 19, al. 2 ; VD, art. 17, al. 1 et 2 Const. ; NE, art. 74, al. 2 Const. (tâche éventuelle de la commune). On relèvera que cette tâche est généralement définie comme assumée par le canton et les communes : cf. VD, art. précité et parmi d'autres AG, art. 63, al. 2 Const. Autre tâche traditionnelle : l'assistance publique, mentionnée à AR, art. 25, al. 1 Const. ou encore SG, art. 14 Const.

[104] Ainsi à OW, art. 24 - 38 Const. et NW, art. 14 - 31 Const., sous le même titre de « öffentliche Aufgaben ».

[105] Par exemple AR, art. 79, al. 1 Const. ; ZG, art. 70, al. 6 Const. ; OW, art. 93 / 94 Const.

[106] Cf. par exemple SH, art. 67, al. 2 Const. (approbation des règlements communaux).

[107] Cf. la formule citée en note 97 ci-avant.

[108] Dispositions les plus nettes : FR, art. 76 Const. (« la loi règle tout ce qui a rapport à l'organisation politique et administrative des communes ») ; TG, art. 46 Const.

[109] Soit AR, AI, OW et UR.

[110] Cf. la liste de ces lois en annexe, p. 207.

Un certain nombre d'entre elles sont anciennes, voire désuètes [111]. La plupart règlent principalement l'organisation interne de la commune, ainsi que les finances communales [112]. De façon plus générale, ces lois sur les communes ne peuvent, par la force des choses, refléter l'ensemble de l'activité communale. Des tâches importantes, en particulier celles qui sont récemment apparues, comme l'aménagement du territoire ou la protection des eaux contre la pollution, sont souvent réglées par une loi cantonale spéciale et découlent en outre partiellement du droit fédéral [113]. Quelques lois sur les communes nous fournissent pourtant une liste, exemplaire seulement, de tâches qui sont propres aux communes ou qui sont qualifiées d'autonomes [114]. On trouvera également des précisions dans l'ordonnance d'exécution, lorsqu'elle existe, de la loi sur les communes. Dans d'autres cas, la loi générale donne indirectement des indications sur les tâches communales en décrivant les attributions respectives des autorités communales ou les actes communaux soumis à un contrôle du canton. En tout état de cause, une loi cantonale spéciale peut toujours déroger ultérieurement à la loi sur les communes.

Le contenu réel des compétences communales se trouve donc éparpillé dans quantité de lois cantonales et dans une partie du droit fédéral. En outre, le silence des textes n'exclut pas par principe une compétence communale. De même, le fait que le canton édicte des prescriptions dans un domaine n'empêche pas forcément les communes d'exercer des compétences en prenant des mesures supplémentaires ou en appliquant les règles cantonales [115].

Il reste que le législateur cantonal bénéficie d'une grande liberté dans la définition de l'activité communale. Il n'est limité que par des principes constitutionnels souvent très vagues. Il doit certes respecter l'institution elle-même, c'est-à-dire le principe d'une décentralisation par des collectivités locales, mais la limite à partir de laquelle ce principe serait violé demeure très floue [116]. Même lorsque la constitution attribue explicitement certains domaines aux communes, les limites apportées à la liberté du législateur ne sont guère mieux définies. Enfin, et nous y reviendrons, le droit positif ne

---

[111] Ainsi FR (1894), VS (1851) et AG (1841 pour le texte primitif !), où de nouvelles lois sont en préparation. A VS, la Const. a récemment été révisée sur le régime communal (art. 69 ss), par votation du 28 septembre 1975 (l'entrée en vigueur n'a pas encore été fixée). Une révision constitutionnelle est également en préparation dans le canton d'Argovie.

[112] Notamment les lois (LC) de BS, FR, GE, LU, SG, SZ, SO, TI et ZG.

[113] Cf. sur la législation fédérale relative aux communes ci-après p. 103 ss.

[114] Cf. ci-après p. 75.

[115] Il est donc nécessaire d'interpréter le droit cantonal, cf. ci-après p. 136 ss et p. 140 ss.

[116] Cf. ci-après p. 155 s.

précise que rarement l'appartenance de compétences déterminées au rayon d'action propre ou au rayon d'action délégué de la commune, même lorsque la constitution prévoit expressément cette distinction [117].

c) *Les modalités essentielles du partage*

A l'évidence, il ressort du droit positif que les communes de tous les cantons ont une *vocation générale :* leurs compétences portent sur une multiplicité d'objets. Mais surtout, ceux-ci sont en nombre indéterminé. Car, s'il y a un partage explicite des compétences, le plus souvent au niveau législatif, il y a d'autre part un partage implicite qui fait que l'éventail des compétences communales n'est pas limité.

La majorité de la doctrine [118] et la jurisprudence admettent en effet que les communes ont une *compétence générale résiduelle,* qui leur permet d'entreprendre toute activité que les collectivités supérieures ne se sont pas réservée. Cette compétence virtuellement générale, dont nous pensons qu'elle est un élément essentiel de l'autonomie communale [119], ne peut résulter que d'un principe constitutionnel [120]. Quelques constitutions cantonales en font d'ailleurs mention, en déclarant que les communes peuvent prendre en charge n'importe quelle tâche publique en l'absence de prescriptions cantonales ou fédérales contraires, ce champ d'activité étant toutefois limité aux tâches de caractère local [121]. Ce principe est à notre sens implicitement contenu dans les autres constitutions. Relevons qu'il est d'autre part rappelé dans certaines lois générales sur les communes [122].

Le fondement explicite ou implicite de certaines compétences communales est, nous l'avons vu, *constitutionnel :* nous dirons que ce sont les compétences *propres* [123] ou mieux, celles qui incombent aux communes à titre

---

[117] Cf. ci-après p. 75, note 174 *in fine.*

[118] MEYLAN, p. 24 et la doctrine citée note 10 ; GEIGER, p. 63. Cf. JAGMETTI (implicitement) p. 322 et 325, qui la limite aux tâches locales ; de même GIACOMETTI, p. 76. Contra : BRIDEL, I, N° 156.

[119] Dans le même sens, MEYLAN, p. 90.

[120] Sinon, le principe de la réserve de la loi ne serait pas respecté. Cf. ci-avant, p. 28, note 65.

[121] Cf. OW, art. 83 et 91, al. 2 (pour la commune politique) Const. ; NW, art. 71, al. 1 et 85 Const. ; TG, art. 46, al. 1 Const. pour les « Ortsgemeinden » (cf. p. 72, note 164 ci-après).

[122] Par exemple BE, art. 3 et 72 LC ; GL, art. 6, al. 3 LC ; GR, art. 3 LC (tâches librement choisies) ; NW, art. 16 LC.

[123] Cf. ci-après p. 75 ss. Pour nous, ce sont les compétences que les communes exercent dans le cadre de la décentralisation politique. Dans le même sens : MEYLAN, p. 33.

primaire [124]. Abstraction faite des difficultés d'interprétation que l'on rencontre lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu matériel de ce rayon d'action [125], on peut recenser diverses catégories de compétences propres ou primaires [126].

En premier lieu, il y a les compétences qui sont expressément attribuées aux communes [127] : elles peuvent être *exclusives* (désignation des autorités, octroi du droit de cité, éventuellement certaines tâches de police locale), mais le plus souvent, elles s'exercent *parallèlement* à des compétences cantonales (en matière d'imposition fiscale par exemple) ou *concurremment* à celles-ci (mise en œuvre par les communes de principes définis par le canton, en matière de distribution de l'eau par exemple). La part des compétences concurrentes que les communes exercent durablement est cependant délicate à établir, faute d'indications dans la constitution, et il faudra généralement considérer ces compétences comme *provisoirement* concurrentes seulement, la loi qui en précise le contenu pouvant sans autre être modifiée.

En second lieu, il y a les compétences que les communes choisissent d'exercer en se fondant sur leur compétence générale résiduelle. On peut difficilement concevoir que certaines d'entre elles soient exclusives [128]. Il s'agit donc de compétences *concurrentes* et *provisoires* seulement, c'est-à-dire de compétences qui s'exercent tant que le canton n'a pas fait usage de son pouvoir de puissance publique dans un domaine donné ou ne l'a fait que partiellement [129]. Les compétences résiduelles peuvent par ailleurs s'exercer parallèlement ou non à des compétences cantonales.

d) *La garantie du partage*

De ce que nous venons de dire du partage des compétences, on peut déduire la qualité et le genre de la garantie que l'ordre juridique offre aux communes à cet égard.

Tout d'abord, dans tous les cantons, le *principe* d'une répartition de compétences en faveur des communes ne saurait être supprimé sans révision

---

[124] MEYLAN, p. 33.

[125] Cf. ci-après p. 76 ss.

[126] Sur les catégories de compétences possibles, cf. AUBERT, N° 686 (terminologie classique), N° 696 ss (compétences fédérales), N° 704 ss (compétences cantonales).

[127] Rarement par la Constitution elle-même, généralement par la loi (cf. ci-avant p. 61).

[128] Sauf si l'on admet qu'il y a des tâches naturellement communales, ce qui n'est pas notre avis, cf. ci-après p. 77.

[129] Par exemple en matière de protection de l'environnement. Cf. p. 147 et notes 161 et 162.

constitutionnelle, tout comme le principe de l'existence d'une organisation communale [130]. Certaines constitutions déclarent d'ailleurs expressément que les communes ont un droit à l'accomplissement de certaines tâches [131].

La répartition *matérielle* des compétences peut d'autre part être modifiée au détriment des communes. Or, aucune constitution ne contient une répartition définitive des tâches. Si l'on excepte les rares compétences que les dispositions constitutionnelles réservent expressément aux communes [132], il ne sera pas nécessaire de réviser la constitution pour opérer un transfert de compétence en faveur de l'Etat. Une simple loi suffira, pour autant qu'elle demeure dans les limites très larges et très floues posées par les règles constitutionnelles [133]. Remarquons cependant que dans plusieurs cantons, l'institution du référendum législatif obligatoire implique que l'adoption d'une telle loi sera soumise au vote populaire, tout comme une révision constitutionnelle [134].

Autrement dit, la garantie *institutionnelle* du partage des compétences est assurée par le constituant, alors que sa garantie *matérielle* repose généralement sur le parlement cantonal. La première hypothèse — la suppression de toute compétence communale — reste théorique, alors que la seconde se réalise quotidiennement dans l'activité législative des cantons. On voit les conséquences que l'on peut en tirer sur la rigidité du partage des compétences entre canton et communes [135].

5. *L'exercice des compétences communales*

Dans l'exercice de leurs compétences, les communes se heurtent au pouvoir de surveillance de l'Etat. Nous entendons par là aussi bien la surveillance que le canton exerce *d'office*, généralement par ses autorités adminis-

---

[130] Sur cette garantie, cf. ci-avant, p. 45 s.

[131] Soit les tâches propres ; par exemple LU, art. 87, al. 1. En outre, plusieurs constitutions déclarent expressément que l'autonomie communale est garantie : ainsi OW, art. 82, al. 2 Const. ; NW, art. 70 Const. ; GR, art. 40, al. 2 Const. ; NE, art. 64, al. 3.

[132] A titre exclusif : cf. ci-avant p. 60. Il est plus fréquent que la disposition constitutionnelle réserve la loi (cf. par exemple UR, art. 35, al. 1 Const. pour les routes) ou, ce qui revient au même, désigne simplement le canton et les communes comme compétents pour un domaine donné (cf. ci-avant, p. 61, note 104). Cf. en outre AR, art. 36 Const., qui prévoit que le canton surveille la police communale, mais que toute cette activité pourra être transférée à l'Etat par la loi (les lois sont cependant soumises à la Landsgemeinde dans ce demi-canton).

[133] Tant sur le principe que sur les compétences matérielles, cf. ci-après p. 155 ss.

[134] Cf. ci-avant p. 47, note 36.

[135] Voir la comparaison avec les cantons dans la Confédération, ci-après p. 86 s.

tratives, que celle qu'il exerce *sur recours,* à l'occasion de litiges entre particuliers et communes ou entre communes et autorités cantonales. Nous laisserons de côté la description détaillée du pouvoir de surveillance sur les communes, notamment les moyens qu'il met en œuvre et les actes ou les personnes qui y sont soumis [136]. En effet, c'est essentiellement à la *portée* de la surveillance cantonale que l'on mesure le degré d'indépendance des communes. Nous verrons ensuite que les communes bénéficient par ailleurs d'une protection juridictionnelle.

a) *La surveillance sur les communes*

Le principe de la surveillance est contenu dans toutes les constitutions cantonales, et la plupart de celles-ci la prévoient explicitement [137]. Les autorités cantonales compétentes sont souvent désignées [138] et quelques-uns des moyens à leur disposition sont parfois mentionnés, du moins les mesures jugées les plus graves, telle celle qui place une commune provisoirement sous l'administration de l'Etat ou *mise sous tutelle.*

A quelques exceptions près, la constitution est en revanche muette sur la *portée* du pouvoir de surveillance [139]. Celui-ci peut sans aucun doute porter sur la *légalité* de l'activité communale. Certaines constitutions citent les conditions dans lesquelles l'Etat peut prendre certaines mesures graves : lorsqu'il y a mauvaise gestion financière, actes déraisonnables ou vacance du pouvoir communal [140]. A l'exception du contrôle exercé sur les finances communales, il s'agit cependant d'hypothèses dans lesquelles la commune s'est manifestement placée en situation d'illégalité, en particulier si ses actes ont pour effet de mettre gravement en cause son fonctionnement, voire son existence même [141]. Tout comme pour les compétences, c'est donc au niveau de la

---

[136] Cf. Giacometti, p. 87 ss. De nombreuses monographies ont été consacrées à la surveillance, cf. les bibliographies de Meylan et Jagmetti.

[137] Cf. les disposition constitutionnelles et légales citées par Meylan, p. 25, note 10.

[138] Pour la surveillance exercée d'office, il s'agit généralement du Conseil d'Etat en tant que haute autorité de surveillance, d'un département et souvent des autorités de district. Le Parlement cantonal conserve cependant toujours des compétences plus ou moins étendues. Cf. ci-après p. 169 ss.

[139] Prévoient le principe d'un contrôle limité à la légalité, sauf disposition légale contraire : OW, art. 89, al. 1 Const., NW, art. 71, al. 2 Const. (pour les tâches propres) ; VS, art. 75 Const. révisée. Plus nuancé (contrôle de la légalité pouvant s'étendre à l'opportunité dans certaines circonstances) : ZH, art. 48 Const.

[140] Par exemple NE, art. 67, al. 5 Const. (substitution de l'Etat aux autorités communales).

[141] Or les communes ne peuvent en disposer comme elles l'entendent. Cf. ci-avant. p. 48.

loi, à laquelle certaines constitutions renvoient expressément, qu'il faut examiner dans quelle mesure la surveillance s'étend à l'*opportunité*.

Les lois générales sur les communes, pour une bonne moitié d'entre elles en tous les cas, posent le principe d'un contrôle limité à la légalité, en réservant les prescriptions légales contraires [142] ou en étendant expressément à l'opportunité le contrôle exercé sur les tâches déléguées [143]. Elles contiennent en outre très souvent des règles sur la gestion des finances communales et sur les mesures de surveillance dont l'Etat dispose à cet égard, sans que la portée de ces dernières soit très claire [144]. Lorsqu'elles existent, les lois cantonales sur la juridiction administrative sont généralement plus précises au sujet du pouvoir de cognition des autorités de recours en matière de contentieux communal. La portée du contrôle exercé d'office et celle du contrôle juridictionnel peuvent d'ailleurs diverger [145].

S'agissant tout au moins de la surveillance exercée d'office, il faut dans la plupart des cantons recourir à l'*interprétation* du droit cantonal pour déterminer la portée du contrôle étatique sur des compétences concrètes lorsque rien ne permet de présumer que ce contrôle se limite à la légalité, sinon l'appartenance — rarement explicite — d'une tâche au rayon d'action propre. L'interprétation sera peut-être plus facile lorsque le contrôle se limite en principe à la légalité pour l'ensemble de l'activité communale, et non pour les seules tâches propres : le silence de la loi devrait suffire. Mais on voit immédiatement les difficultés qu'il y aura, par exemple, à déduire de diverses dispositions d'une ou plusieurs lois que le législateur n'a pas entendu faire revoir par l'autorité de surveillance l'opportunité de toute décision communale dans un domaine donné, mais de certaines décisions seulement [146].

De façon plus générale, nous pensons que l'Etat, sur la base de son seul pouvoir de surveillance, est en droit d'intervenir dans les activités commu-

---

[142] BL, art. 3, al. 2 LC (tâches propres) ; BE, art. 46 et 58 LC ; GE, art. 44 litt. c) LC ; GR, art. 96 LC (approbation des règlements) ; NW, art. 204, al. 2 et 218, ch. 3 LC ; SG, art. 175, ch. 1 LC (tâches propres) ; SH, art. 191, al. 1 LC ; SZ, art. 91, al. 1 LC ; SO, art. 216 LC (règlements) ; TI, art. 148 ter LC.

[143] BL, art. 166, al. 2 LC (pouvoir d'injonction) ; SG, art. 175, ch. 2 LC ; SZ, art. 88, al. 2 LC (pouvoir d'injonction).

[144] Cf. MEYLAN, p. 124 ss.

[145] Ainsi à SZ, où le Conseil d'Etat examine les recours contre des décisions communales sous l'angle de l'opportunité, alors que la surveillance d'office se limite à la légalité (cf. note 142 ci-avant) : *Zbl.* 1974, p. 434 (TF, « commune de Schwyz »).

[146] Par exemple dans le domaine des constructions, où la commune peut prendre des décisions très différentes : octroi d'un permis de construire, plan d'affectation spéciale (plan de quartier), plan des canalisations, plan de zones. Cf. l'interprétation que le TF a faite du droit valaisan : ATF 101 I a) p. 262 « commune de Ritzingen » (plan de zones) ; ATF 101 I a), p. 267 s. « commune de Taesch » (permis de construire). Dans le sens d'un contrôle étendu à tout le domaine des constructions : ATF 102 I a), p. 169 « commune de Wollerau » (SZ).

nales lorsque certaines *conditions* sont remplies : ainsi lorsque ces activités risquent de léser l'intérêt général du canton, les intérêts publics d'autres communes, ou de porter atteinte à l'existence même de la commune concernée. Le canton doit en effet pouvoir faire respecter par les collectivités locales les intérêts publics qu'il poursuit lui-même dans son domaine de compétences, notamment préserver l'existence et le fonctionnement de l'organisation communale qu'il s'est donnée. Les actes communaux qui justifient l'intervention du canton ne sont pas à proprement parler illégaux, mais ils engendrent des situations intolérables pour l'ordre juridique, dont le canton est précisément l'un des gardiens. Lorsque de telles circonstances surviennent, l'Etat peut être amené à user de moyens juridiques qui excèdent, notamment quant à leur portée, ceux dont il se sert habituellement. Ainsi, il étendra à l'opportunité son examen d'une décision communale en soi légale, mais qui pourrait porter préjudice aux intérêts d'autres communes [147]. Ou encore il supprimera provisoirement la liberté de choix d'une commune en se substituant à ses autorités, pour résoudre une situation critique qui ne résulte nullement d'actes illégaux [148].

Du principe général que nous venons de voir, on peut tirer une règle qui s'appliquerait à toutes les compétences communales, sans distinguer selon qu'elles sont propres ou déléguées [149] : le contrôle étatique serait présumé se limiter à la légalité, sauf circonstances *exceptionnelles* qui mettent en cause des *intérêts publics* autres que ceux de la commune concernée. Dans les circonstances ordinaires, il faudrait une disposition sans équivoque, qui habilite l'autorité de surveillance à étendre son contrôle à l'opportunité, et la marge d'interprétation de la législation cantonale s'en trouverait réduite d'autant.

On trouve expressément cette solution dans le droit vaudois, dont la loi sur les communes [150] énumère les cas dans lesquels l'Etat peut revoir des questions d'opportunité : « lorsque l'intérêt général du canton ou des intérêts légitimes d'autres communes se trouvent directement en cause, ou lorsque

---

[147] Ainsi un règlement communal qui ne contient rien d'inconstitutionnel ou d'illégal : ATF 97 I p. 509 ss « commune de Romanel » ; cf. également l'arrêt " Ritzingen » précité, p. 262 (intérêts régionaux), qui va selon nous trop loin, cf. ci-après, p. 151 s.

[148] Notamment si la situation financière de la commune se dégrade gravement pour des motifs conjoncturels. En 1936, la commune de Montreux fut mise sous contrôle étatique (ses autorités étaient assistées par une commission cantonale), pour assainir ses finances gravement perturbées par le recul du tourisme entraîné par la crise économique.

[149] La doctrine a pendant longtemps soutenu la thèse contraire, cf. ci-après p. 78.

[150] Art. 137 LC. La législation spéciale est toutefois interprétée assez largement, cf. ci-après, p. 151, notes 186 et 190.

la bonne administration de la commune est gravement menacée ». La même règle figure, de façon quelque peu différente, dans certains droits cantonaux, comme le droit zurichois [151], qui prévoit que les décisions communales seront annulées non seulement pour illégalité, mais encore lorsqu'elles excèdent manifestement les buts de la commune et qu'il en résulte une charge considérable pour les contribuables, ou le droit neuchâtelois [152], qui prescrit que le canton refusera de sanctionner les règlements communaux illégaux ou manifestement contraires à l'intérêt général. Ce principe d'un *contrôle limité de l'opportunité* de l'ensemble des actes communaux devrait selon nous s'appliquer dans tous les cantons. Il se heurte cependant, dans un certain nombre d'entre eux, à l'institution d'un contrôle illimité de l'opportunité dans le domaine des tâches communales déléguées, ou encore à une pratique de ce contrôle qui a pris valeur de coutume [153]. En fin de compte, la question de la portée de la surveillance étatique est l'une des moins clairement réglées par le droit cantonal, si l'on met à part le contrôle juridictionnel exercé par des autorités judiciaires. La pratique des autorités de surveillance est déterminante, mais elle est très variable. Il est fréquent que le canton fasse preuve de retenue lorsqu'il est en droit de contrôler l'opportunité. Toutefois, les communes ne sauraient en tirer un droit à être traitées de la sorte [154]. On ne peut donc déduire de la pratique du contrôle une règle générale.

b) *La protection juridictionnelle des compétences communales*

En faisant un usage illicite de son pouvoir de surveillance, le canton peut entraver l'exercice des compétences communales, ou même en réduire à néant la portée [155]. Les communes ne sont cependant pas sans défense.

---

[151] Art. 48 Const., art. 151, ch. 2 LC ZH. Ces dispositions ajoutent que les décisions communales seront également annulées lorsqu'elles portent atteinte à l'équité d'une manière inadmissible, ce qui semble aller plus loin que la simple interdiction de l'arbitraire ; cf. sur ce point BUTIKOFER, p. 120 s. et METTLER, p. 392 s., qui interprètent cette règle dans le sens d'une protection de la minorité dans certaines circonstances ; cf. en outre ATF 100 I a) p. 89 ss « commune de Bassersdorf », où il y avait en l'espèce arbitraire.

[152] Art. 8, al. 2 LC NE. Il en va de même, selon l'art. 9 LC NE, pour les autres décisions communales, la législation spéciale sur la surveillance d'office ou sur recours étant réservée.

[153] Contrôle illimité de l'activité déléguée : cf. les cantons cités note 143 ci-avant. Le principe d'un droit coutumier n'a pas été jusqu'ici posé expressément ; cf. toutefois ATF 101 I a) p. 396 « commune de Hünenberg » pour la pratique à ZG.

[154] ATF 102 I a) p. 171 « commune de Wollerau » pour le droit schwyzois.

[155] Cf. ci-après p. 147 ss.

Certes, des voies de recours cantonales existent [156], mais elles sont souvent insuffisantes. En revanche, la protection qui leur est offerte par la juridiction fédérale est meilleure : le Tribunal fédéral admet en effet, dans une jurisprudence constante depuis le siècle dernier, que le droit d'exercer des compétences et de les exercer librement est explicitement ou implicitement garanti aux communes par toutes les constitutions cantonales, et que cette garantie, qui est celle de l'autonomie communale, constitue un droit constitutionnel ouvrant à la commune la voie du recours de droit public. Nous reviendrons dans notre seconde partie sur cette garantie juridictionnelle fondamentale et sur l'appareil procédural qui permet de la faire valoir [157].

Section III

Organisation communale, décentralisation politique et décentralisation administrative

1. *Les communes dans la décentralisation politique*

Nous avons vu les principes d'organisation communale que l'on retrouve dans l'ensemble des cantons. Cela nous confirme que les communes sont bien des collectivités secondaires, qui s'inscrivent dans le cadre d'une décentralisation politique cantonale. Elles sont en effet organisées démocratiquement ; leur existence et les règles essentielles de leur fonctionnement, notamment le principe d'une répartition de compétences en leur faveur, ainsi que celui d'un pouvoir normatif propre, se tirent de la constitution ; elles ont une vocation générale et la faculté de prendre des initiatives, en exerçant des compétences résiduelles.

Ces collectivités secondaires sont les *communes politiques*. Dans certains cantons, on peut considérer que d'*autres types* de communes sont également les instruments d'une décentralisation politique. Il faut pour cela que ces

[156] Cf. ci-après p. 169 ss.

[157] Cf. ci-après p. 172.

collectivités soient également créées au niveau constitutionnel et qu'elles présentent tous les autres traits caractéristiques des collectivités décentralisées politiquement, en particulier la capacité d'exercer des compétences *résiduelles*. On peut citer comme exemple dans quelques cantons les fractions de communes [158], les communes bourgeoises [159], ainsi que les communes scolaires [160]. Certes, on ne peut strictement parler d'une vocation générale au sujet de certaines d'entre elles, car leur activité se limite à un domaine déterminé, l'instruction publique par exemple ; le trait essentiel est toutefois que ces collectivités ont le pouvoir, dans leur champ d'activité, de prendre toute initiative, en l'absence de règles fédérales, cantonales ou communales contraires.

Lorsqu'il y a ainsi, dans le même canton, plusieurs types de collectivités décentralisées politiquement, le droit positif résout généralement de façon claire les relations qu'elles ont entre elles, en particulier le partage des compétences. S'il s'agit de collectivités qui sont du même échelon local, le partage *horizontal* des compétences résiduelles s'opère toujours en faveur de la commune politique [161]. Si ce sont des collectivités d'échelon différent, communes d'une part et collectivités de niveau intermédiaire (districts ou cercles) d'autre part, il serait imaginable que chaque collectivité à son niveau exerce une compétence générale résiduelle : il en résulterait toutefois de nombreux conflits positifs ou négatifs de compétence, que le canton devrait arbitrer. C'est la raison pour laquelle les cantons qui présentent une telle structure ont limité

---

[158] Ainsi les sections de communes bernoises, qui peuvent prendre en charge, outre les attributions conférées par le règlement de la commune, d'autres tâches locales aussi longtemps que la commune générale ne s'en occupe pas elle-même (compétence provisoirement concurrente) : art. 128 LC BE. En revanche, les fractions de OW (art. 95 Const.) et GR (art. 71, al. 3 LC, lorsqu'elles sont des collectivités territoriales) n'ont qu'une activité administrative, sans pouvoir normatif. Il s'agit d'ailleurs plutôt d'une décentralisation communale (cf. ci-avant p. 39 et note 125). En droit vaudois au contraire, les fractions de communes sont créées par le canton, qui leur confère la personnalité de droit public, délimite leur territoire et fixe leurs attributions (sur préavis de la commune) : art. 129-136 LC VD ; ces fractions étant expressément assimilées aux communes (art. 132 LC), on peut admettre qu'elles ont des compétences résiduelles dans leur sphère d'activité.

[159] BL, art. 136 / 137 LC (liste exemplaire des tâches de la commune bourgeoise et pouvoir réglementaire) ; BE, art. 111, al. 3 LC (compétence générale résiduelle pour les affaires locales que la commune ou ses sections n'accomplissent pas) ; OW, art. 91 et 98, al. 2 Const.

[160] Par exemple, NW, art. 86 Const., art. 16 LC (compétence résiduelle pour les affaires locales dans leur domaine) ; ZH, art. 47 Const. et ATF 100 I a) p. 289 s. « commune scolaire de Küsnacht ».

[161] Cf. notes 158 et 159 ci-avant ; de même : BE, art. 72 LC ; NW, art. 85 Const. ; SH, art. 6, al. 1 LC ; TG, art. 46, al. 1 Const. ; ZH, art. 15 LC.

les attributions des collectivités de l'échelon intermédiaire [162]. Mais lorsque ces collectivités intermédiaires exercent leur pouvoir de puissance publique en assumant les tâches qui leur sont dévolues, elles peuvent avoir droit à être traitées de manière égale sur le plan fiscal par les collectivités locales qui les composent, ce qui restreint sur ce point la liberté de choix de ces dernières [163].

2. *Les communes dans la décentralisation administrative*

Les communes sont en outre, dans une mesure plus ou moins grande selon les cantons, les instruments d'une décentralisation ordinaire, celle de l'*administration cantonale*. Les cantons pourraient créer au niveau local des organismes distincts, établissements publics ou collectivités, et certains l'ont fait en instituant des types particuliers de communes, lorsque ceux-ci ne procèdent pas déjà d'une décentralisation politique [164]. Toutefois, il est généralement apparu beaucoup plus simple de recourir à l'organisation communale existante. La principale difficulté qui résulte de cette *double fonction* de la commune est de distinguer les champs d'activité respectifs. En effet, le droit cantonal ne précise jamais, lorsqu'il attribue une tâche à la commune, s'il s'agit d'une compétence qui est décentralisée politiquement ou non.

Enfin, il est fréquent que les cantons confient certaines tâches aux communes dans le cadre d'une simple *déconcentration* [165]. S'ils désignent géné-

---

[162] GR, art. 38, al. 1 Const. (cercles) ; SZ, art. 81, al. 1, Const., mais cf. l'art. 81, al. 2 (lorsque le district comprend plusieurs communes) : compétence générale pour les affaires qui dépassent le cadre local.

[163] Cf. *Zbl.* 1951, p. 188 s., à propos de l'imposition fiscale des cercles par les communes grisonnes.

[164] Par exemple les communes scolaires à SG (art. 2 à 5 Const. ; 143 LC). Mais l'exemple le plus typique est celui de la structure dualiste thurgovienne : parallèlement à la commune « locale », il existe une commune « municipale » qui prend en charge les tâches déléguées au niveau local par le canton, alors que la première a une compétence générale résiduelle pour les tâches proprement communales ; les deux collectivités se fondent en une seule lorsque leur territoire se superpose (cf. ci-avant p. 45, note 22). Ces communes « municipales » sont une survivance du régime communal institué en 1799 par la République helvétique ; cf. le message du Conseil d'Etat thurgovien du 19 janvier 1945 sur la LC TG, ainsi que E. Bühler, *Der thurgauische Gemeindedualismus*, thèse, Fribourg, 1952. Dans les autres cantons, les circonscriptions territoriales créées pour l'administration cantonale, dans un but général ou spécial, ne sont pas des collectivités publiques, cf. ci-avant p. 40, note 131.

[165] Par exemple des tâches de police relevant du canton, ou encore la perception des impôts cantonaux. Cf. ci-avant p. 39 s. Plus généralement, des tâches administratives prévues par le droit fédéral, cf. ci-après p. 104 ss.

ralement l'autorité ou le fonctionnaire communal responsable, il arrive qu'ils en chargent la commune en tant que telle : cette troisième fonction [166] de la commune nous place devant le même problème lorsqu'il s'agit d'en déterminer le contenu. En définitive, la commune exerce une *triple fonction* au sein de l'Etat, et nous proposons de parler de compétences ou tâches décentralisées, qui peuvent être primaires ou déléguées selon que la décentralisation est politique ou administrative, d'une part, et de compétences ou tâches déconcentrées d'autre part. C'est précisément cette distinction entre les différents domaines de l'activité communale qui fait l'objet de notre section suivante.

Section IV

Les tâches propres et les tâches déléguées

La distinction traditionnelle entre rayon d'action propre et rayon d'action délégué des communes a constitué pendant longtemps la clé de voûte de la plupart des constructions juridiques érigées à propos des pouvoirs locaux. Le droit positif s'y réfère largement. Elle est aujourd'hui sérieusement remise en cause, en particulier dans la doctrine suisse récente, qui ne lui ménage pas ses critiques [167]. Après avoir vu ce que cette distinction représente, nous examinerons s'il est possible de la pratiquer, et si elle présente encore un intérêt.

---

[166] Cf. MEYLAN, p. 40 s. ; JAGMETTI, p. 314 s.

[167] JAGMETTI, p. 319 ss ; MOOR, p. 1633 s. ; BRIDEL, I, N° 161 à 163 ; SALADIN, p. 379. Cf. également la thèse de H. SIGG, consacrée à cette distinction et qui la rejette.

1. *Les notions de domaine propre et de domaine délégué*

La notion d'un domaine d'activité réservé exclusivement aux collectivités locales s'est exprimée, en Europe, d'abord dans le droit positif de la révolution française [168], puis en Prusse [169] et dans la constitution belge de 1831 [170]. C'était l'*affirmation politique* d'un « pouvoir municipal » : pour revaloriser les libertés communales tombées en désuétude, on en est venu à opposer au pouvoir tout-puissant de l'Etat des intérêts locaux, que les administrés étaient en droit de faire valoir avec une certaine indépendance dans le cadre d'une organisation propre. D'autre part, l'influence de la philosophie du *droit naturel* et le pluralisme qu'elle prônait ont également joué un grand rôle : selon cette conception, les différentes collectivités humaines (famille, commune, Etat, nation) doivent assumer, chacune à son niveau, les tâches qui leur reviennent naturellement et dont la collectivité supérieure ne peut les dessaisir tant qu'elles sont à même de les remplir, en vertu du principe de la subsidiarité [171]. Telle peut être esquissée l'origine du domaine propre de l'activité communale.

En étudiant la structure de l'Etat, la doctrine a d'autre part été amenée par la suite à mettre en lumière le phénomène de la décentralisation par des collectivités locales autonomes, et à lui opposer celui de la simple déconcentration de tâches étatiques. Constatant que les communes exerçaient des compétences relevant de l'un et l'autre procédés, de nombreux auteurs en ont logiquement déduit qu'il s'agissait de tâches propres dans le premier cas, et de tâches déléguées dans le second [172]. L'apparition d'un rayon d'action délégué à côté du rayon propre est donc la conséquence de la *double fonction* que l'on a très généralement reconnue aux communes.

---

[168] Cf. la constitution française du 3 septembre 1791, Titre II, art. 9, qui oppose les « affaires particulières de la commune » aux « fonctions relatives à l'intérêt général de l'Etat ».

[169] « Preussische Städteordnung », du 19 novembre 1808, établie par VON STEIN. Cf. JAGMETTI, p. 282 s. et la doctrine citée en note 25.

[170] Cf. la constitution belge, toujours en vigueur, du 7 février 1831, dont l'art. 31 reconnaît l'existence d'« intérêts exclusivement communaux », à côté desquels il y a des « intérêts exclusivement provinciaux ». Sur les difficultés que pose l'interprétation de cette notion, cf. *L'autonomie communale en droit belge,* travaux du colloque tenu à Huy et Spa du 8 au 11 septembre 1966, publié par l'Union des villes et communes belges, Bruxelles, 1968.

[171] Cf. SIGG, p. 16 ss : cette conception d'un droit naturel des collectivités des différents échelons à l'autonomie, pour les tâches qui correspondent à leurs capacités spécifiques, se marque dans les constitutions de certains cantons catholiques par l'absence d'une garantie expresse de l'autonomie communale, ou encore par des structures intermédiaires comme à SZ et GR.

[172] Cf. GEIGER, p. 22 et les auteurs qu'il cite note 91 ; SIGG, p. 17 s. (évolution historique).

2. *La distinction dans le droit positif des cantons*

La plupart des droits cantonaux se réfèrent plus ou moins directement au principe de l'existence de deux rayons d'action. Au niveau de la constitution, nous avons vu que de nombreux cantons ont institué le principe de tâches communales propres, en précisant parfois qu'il s'agit de celles qui ont un caractère local ou encore de toutes celles qui ne tombent pas dans la sphère de compétence des collectivités supérieures [173]. Au-delà de ces quelques indications, les textes constitutionnels ne définissent pas le domaine propre et l'on y trouve tout au plus quelques exemples de tâches qui en font partie. Quant au domaine délégué, il est simplement mentionné dans certaines constitutions, sans autre précision [174]. Les lois cantonales ne sont guère plus explicites. Un certain nombre de lois générales sur les communes ne contiennent aucune référence aux deux catégories de tâches — que le principe en soit ou non exprimé explicitement dans la constitution [175], ou semblent même le nier [176], voire le remplacent par d'autres catégories [177]. D'autres en rappellent ou en posent le seul principe [178]. Deux d'entre elles seulement se sont risquées à en donner une liste exemplaire [179]. Quant aux lois cantonales spéciales, elles ne précisent jamais la nature des tâches communales qu'elles prévoient.

Si l'on examine les lois cantonales sur les communes les plus récentes, à savoir celles des cantons de Bâle-Campagne, Nidwald, Berne et Grisons, on constate que les deux premières prescrivent expressément l'existence de com-

---

[173] Cf. ci-avant p. 59 ss.

[174] Cf. p. 60 et note 100 ci-avant. Instituent expressément le principe d'un domaine délégué : SZ, BL, VS.

[175] VS (loi en préparation) ; absence d'une distinction constitutionnelle explicite : LU (tâches propres seulement), BS, FR, NE, TI, ZG.

[176] GE, art. 3 LC : « L'administration communale s'étend à tous les domaines que les lois placent dans les attributions des communes » ; à notre connaissance, cet article n'est toutefois pas interprété dans le sens que les communes n'ont pas de compétence générale résiduelle.

[177] BE et GR, cf. notes 181 et 182 ci-après. A SO, l'ordonnance d'application de la LC (art. 2) donne une liste exemplaire des tâches communales « autonomes ».

[178] AG (projet) ; SG, art. 175 LC ; SH, art. 2, al. 1 LC ; SO, art. 3 et 4 LC (commune en tant que collectivité autonome ou circonscription administrative) ; SZ, art. 67 et 88, al. 2 LC ; TG, art. 5 et 6 LC ; ZH, art. 14 LC (tâches propres /tâches de nature publique générale).

[179] VD, art. 2 LC (il s'agit de tâches corporatives et de police locale au sens large, ainsi que celles assumées aux frais exclusifs de la commune, comme les services industriels) ; BL, art. 40 ss LC (également les tâches corporatives et de police locale, ainsi que l'activité destinée à améliorer le bien-être public, certaines tâches citées étant à notre sens des tâches déléguées, comme l'épuration des eaux). Cf. en outre la liste exemplaire des tâches autonomes édictée par voie d'ordonnance à SO (art. 2, ord. LC).

pétences communales propres et de compétences communales déléguées, sans pour autant les définir avec précision [180]. Les deux autres, en revanche, renoncent à ce principe pour parler de tâches librement choisies par les communes (Grisons) [181], ou de tâches nouvelles que les communes sont à même d'assumer (Berne) [182]. Remarquons encore que la loi grisonne donne une liste exemplaire de tâches qui entrent dans les compétences communales, de quelque catégorie qu'elles soient [183].

3. *Les critères de distinction*

Disons d'emblée que la théorie selon laquelle les communes auraient un droit *naturel* à l'accomplissement de certaines tâches est complètement abandonnée, ou presque, aujourd'hui. S'il y a des tâches qui peuvent être considérées comme relevant d'un domaine propre aux communes, c'est en vertu du droit positif [184]. Mais nous venons de voir que celui-ci ne fournit pas d'explications sur le moyen de distinguer les catégories de tâches. Aussi la doctrine a-t-elle cherché à établir des critières permettant de définir les tâches propres, critères que nous allons passer brièvement en revue.

a) *Les tâches historiques ou traditionnelles*

Ce critère a longtemps eu la faveur de la doctrine, en particulier chez les auteurs allemands [185]. Il a cependant été peu à peu abandonné. Il est en effet difficilement applicable : à quoi reconnaîtrait-on une tâche moderne ? Faut-il

---

[180] NW, art. 16 (les affaires propres sont locales) et art. 17 LC (les tâches déléguées doivent obligatoirement être remplies) ; BL, art. 40 ss LC (liste exemplaire seulement, cf. note 179 ci-avant).

[181] Art. 3 LC GR : les communes accomplissent les tâches publiques qu'elles se donnent elles-mêmes ou qui leur sont déléguées.

[182] Art. 72 LC BE : la commune « décide selon sa libre appréciation, dans les limites de ses possibilités, si elle entend assumer de nouvelles attributions qui sont d'intérêt public et qui ne lui sont pas déférées par l'Etat ».

[183] Art. 4 LC GR (notamment l'école, l'aide culturelle, la planification locale, les équipements, la protection de la nature et du paysage, la police locale au sens large, les services publics, etc.).

[184] Giacometti, p. 70. De même Meylan, p. 34, Geiger, p. 33 s. De même en droit belge pour les intérêts exclusivement communaux, cf. *L'autonomie communale en droit belge, op. cit.* ci-avant note 170, p. 33 ss.

[185] Cf. parmi d'autres F. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8e éd., Zurich, 1939, p. 112, qui parle des domaines que la commune a conquis au cours d'un long processus historique. Doctrine suisse : Liver, p. 41 ss, Huber, p. 419 s. Ce critère, ainsi que les deux suivants, ont également servi à définir l'autonomie communale, cf. ci-après p. 123 ss.

recourir aux principes valables pour la reconnaissance d'une règle de droit coutumier ? Ce critère laisse d'autre part supposer que certaines tâches seraient « naturellement » communales. Surtout, il ne correspond guère à la réalité et conduirait à considérer la plupart des tâches communales, parmi les plus importantes, comme déléguées [186].

b) *Les tâches « locales »*

Le critère du caractère local des tâches propres a en quelque sorte remplacé ou complété le critère précédent. Il n'a cependant jamais reçu une définition précise et satisfaisante. On a pu parler à ce propos d'intérêts publics locaux qui résulteraient des rapports de voisinage, de tâches qui sont en rapport avec la nature et le but de la commune, ou encore d'objets qui se prêtent à une réglementation locale [187].

Nous pensons pour notre part que de deux choses l'une : ou l'on retombe dans une conception qui admettrait l'existence de tâches à priori locales, ou le critère n'est pas utilisable, car il n'est pas possible de le définir. En effet, le caractère local d'une tâche ne nous paraît signifier rien d'autre que la présence de *limites juridiques* apportées aux compétences communales : le principe *territorial* d'une part, selon lequel la commune ne peut exercer un pouvoir de puissance publique en dehors de son territoire, l'interdiction de l'*arbitraire* d'autre part, qui défend à une commune de créer des inégalités de traitement inadmissibles en allant au-delà des buts d'intérêt public qu'elle poursuit, et enfin le respect de la *structure étatique* instituée par l'ordre juridique. Cette dernière limite s'impose, car la commune pourrait léser les intérêts publics des autres collectivités publiques, comme nous l'avons vu, sans commettre d'illégalités ou encore mettre en danger sa propre existence [188]. En dehors des trois limites que nous venons de voir, toute activité publique peut être considérée comme ayant un caractère local, dès lors qu'elle est assumée par une commune. Et cela non seulement lorsque la commune en prend l'initiative, de par sa compétence générale résiduelle, mais également

---

[186] Cf. ci-après p. 123 s.

[187] Bürgin, p. 12, Zwahlen, p. 639 s. (intérêts locaux prépondérants), ainsi que MM. Liver et Huber cités note 185 ci-avant. Ce critère peut être appliqué par la jurisprudence dans les cantons où le droit positif se fonde expressément sur la notion de tâches propres, ainsi à SG (cf. un arrêt dans ce sens du Tribunal administratif cantonal, paru in *RSJ*, 1968, p. 342 ss, p. 344 pour le critère de la tâche locale). Il sert surtout à définir, au moins subsidiairement, le champ d'application de l'autonomie, notamment la compétence générale résiduelle, cf. dans ce sens Jagmetti, p. 322 et 325, Grisel, p. 134, et ci-après p. 124 s. et p. 142 s. pour la jurisprudence du TF.

[188] Cf. ci-dessus p. 68, et les exemples cités en notes 147 et 148.

lorsqu'elle en est chargée par les collectivités supérieures, auquel cas elle se verra éventuellement fixer des limites plus strictes à l'exercice de ses compétences, notamment sous l'angle du contrôle étatique.

c) *La portée du contrôle étatique*

Pour de nombreux auteurs [189], le critère de distinction est celui de l'absence d'un contrôle de l'opportunité dans le domaine propre, critère auquel on a par la suite ajouté celui de l'existence d'un pouvoir d'appréciation dans l'exécution de la tâche considérée. Comme on l'a relevé [190], ce critère a pour principal défaut de se fonder sur un élément, la portée du contrôle étatique, qu'il s'agit précisément de déterminer dans la plupart des cas, en l'absence d'une prescription légale, ou parce qu'il est précisément la conséquence de l'appartenance d'une tâche au domaine propre [191]. En outre, avec l'extension du contrôle de l'opportunité, les tâches propres iront en diminuant.

d) *Autres critères*

Certains ont cru pouvoir définir les tâches propres comme étant celles que les communes ont l'obligation de financer, pour lesquelles elles sont civilement responsables, ou à propos desquelles elles agissent en leur nom propre [192]. Ces définitions correspondent rarement à la réalité. Il faut par ailleurs considérer comme trop formel le critère qui se fonde sur la norme qui attribue la tâche : constitution, loi ou simple ordonnance [193], bien que l'on puisse en tirer des indications utiles.

Devant les difficultés que présente la détermination d'un critère de distinction valable généralement, la plupart des auteurs récents renoncent à privilégier l'un ou l'autre critère, et proposent une analyse *casuistique*, qui

---

[189] Cf. les auteurs cités par MEYLAN, p. 35, note 17.

[190] MEYLAN, p. 36, SIGG, p. 29.

[191] Sur cette confusion JAGMETTI, p. 324, ZWAHLEN, p. 638. On retrouve le même problème à propos de la délimitation du champ de l'autonomie communale, pour laquelle ce critère a été proposé. Cf. ci-après p. 126 s.

[192] Cf. SIGG, p. 21 ss, qui réfute ces critères. Cf. également les exemples de tâches que les communes assument sur la base du droit fédéral (ci-après, p. 104 ss) ; ce sont manifestement des tâches déléguées, bien que largement financées par les communes et accomplies en leur nom et sous leur responsabilité, par exemple en matière de protection des eaux.

[193] Les normes constitutionnelles sont d'une part trop vagues (cf. ci-avant p. 60) et la formulation législative est d'autre part trop aléatoire, pour en déduire avec certitude que telle norme a valeur constitutive, restrictive ou purement déclarative. Cf. dans le même sens BÜTIKOFER, p. 65 s., SIGG, p. 22.

recourt à un ou plusieurs d'entre eux [194]. D'autres suppriment même complètement toute distinction [195].

Nous nous rallions à l'avis des premiers cités. Il est en effet certaines tâches dont on peut dire sans hésiter qu'elles représentent une activité propre à la commune : ce sont toutes celles que sa compétence générale résiduelle lui permet d'assumer de sa propre initiative. Pour les autres, il convient d'interpréter le droit cantonal, et notamment présumer qu'une tâche fait partie du rayon propre lorsqu'elle est attribuée aux communes par la constitution ou par la loi générale sur les communes [196].

4. *Utilité pratique de la distinction*

Pendant longtemps, le rayon d'action propre a été assimilé, par la doctrine tout au moins, au *champ* dans lequel se déploie l'*autonomie communale* [197]. Ce n'est plus l'opinion de la doctrine récente, ni surtout celle du Tribunal fédéral, en tous les cas dans sa jurisprudence inaugurée en 1967 [198]. La distinction a donc perdu une grande partie de son intérêt, s'agissant de savoir quand les communes sont autonomes. En ce qui concerne la *portée* des compétences communales, nous pensons cependant que l'attribution explicite ou non d'une tâche au domaine propre doit avoir pour le moins comme conséquence que le contrôle de l'Etat est présumé se limiter à la légalité et ne porte sur l'opportunité que dans les seules circonstances où d'autres intérêts publics sont en cause [199].

En revanche, la distinction garde son importance sous l'angle du *pouvoir législatif propre,* dont nous avons vu que les communes peuvent faire usage sans autre base légale que la constitution. En effet, tant la doctrine que le

---

[194] En particulier BRIDEL, I, N° 162 / 163 et MATTER, p. 39.

[195] BÜTIKOFER, p. 49, JAGMETTI, p. 322 et 329 ; SIGG, p. 34 ss, propose une autre distinction, selon le degré de décentralisation de la tâche, qu'il établit sur la base de plusieurs critères pour aboutir à une classification complexe, à notre sens artificielle et pratiquement inapplicable.

[196] Dans le même sens, MEYLAN, p. 39. Cf. également à propos de l'autonomie législative de la commune et la jurisprudence fédérale : ci-après p. 134 ss.

[197] Cf. ci-après p. 123 ss.

[198] Cf. ci-après p. 129.

[199] Cf. ci-avant p. 146 ss. Sinon, l'autonomie communale en tant que principe constitutionnel — celui d'une décentralisation politique — n'aurait plus guère de sens : cf. ci-après p. 151 s.

Tribunal fédéral considèrent que ce pouvoir normatif se limite aux objets entrant dans le domaine propre des communes [200].

En conclusion, s'il se confirme que la distinction entre les activités décentralisées propres ou primaires, et les activités décentralisées déléguées, conserve une utilité certaine, il apparaît délicat de les démarquer concrètement. De même pour les activités purement déconcentrées, qui représentent la troisième fonction de la commune : dans ce cadre-là, la commune ne peut demander la protection du Tribunal fédéral par la voie du recours de droit public [201], ce qui a une très grande importance pratique. Cela tient notamment à l'imbrication croissante des compétences fédérales, cantonales et communales, par exemple en matière de protection des eaux. Il est certes compréhensible que ni le constituant, ni le législateur cantonal ne veuillent se lier en donnant une liste détaillée des compétences communales primaires. Il est vrai également que cette dernière notion, si elle a des effets juridiques, recèle un contenu plus politique que juridique [202]. De lege ferenda, nous proposons cependant qu'une liste exemplaire des compétences primaires (ou propres) soit établie dans chaque canton, ne serait-ce qu'au niveau de la loi générale sur les communes.

Section V

La décentralisation par les communes et le fédéralisme

Les communes occupent une place privilégiée dans la structure de l'Etat dans la mesure où on les situe, comme nous l'avons fait, au niveau de l'organisation constitutionnelle. Si l'on admet d'autre part que les cantons ne sont pas de véritables Etats [203], on en arrive à se demander s'il existe une *différence de nature juridique* entre cantons et communes, ou s'il s'agit d'une seule et même notion dont le contenu ne fait que varier quantitativement.

---

[200] Ci-avant, p. 53.

[201] Cf. ci-après, p. 172 ss.

[202] Cf. l'arrêt du Tribunal administratif de SG (*RSJ*, 1968, p. 342 ss), très longuement motivé, qui reproche au législateur de n'avoir pas pris de responsabilité politique en omettant de dire si la tâche était propre ou déléguée.

[203] Au sens que le droit public donne généralement à cette notion, cf. ci-après, p. 82 s.

Nous reconnaissons volontiers que l'intérêt de la question est principalement théorique et qu'en pratique, nul ne s'aviserait de mettre en doute l'existence d'une différence de poids et de dimension politiques entre cantons et communes [204]. Il est pourtant tentant, et l'on n'a pas manqué de le faire, d'attribuer à la décentralisation par les communes un caractère fédéraliste [205], ou inversement d'assimiler le fédéralisme à une forme de décentralisation analogue à l'organisation communale, ce qui a fait dire à M. Giacometti que les cantons sont les communes de la Confédération [206]. Précisons d'emblée que la majorité de la doctrine semble nier l'existence d'une différence autre que *quantitative* ou *graduelle* [207]. Dans la comparaison que nous allons tirer, il convient enfin de garder présents à l'esprit les risques d'imprécision que présente toute généralisation dans ce domaine, compte tenu de l'extrême variété des solutions consacrées par le droit public des cantons en matière communale.

1. *La notion de fédéralisme*

De même qu'il n'existe pas un modèle unique de décentralisation, mais comme nous l'avons esquissé [208], une infinité de modalités possibles dont on peut seulement dire qu'elles varient d'intensité — sans véritable solution de continuité, la notion de fédéralisme se laisse malaisément enfermer dans le carcan d'une catégorie juridique précise [209]. S'agissant de la décentralisation, nous avons toutefois défini les exigences juridiques minimales auxquelles elle doit répondre afin de se distinguer de la déconcentration, et nous avons cru pouvoir dire qu'elle franchissait un palier décisif en prenant le caractère d'une décentralisation politique. Peut-on également tracer, au moyen d'un ou de plusieurs critères, la limite à partir de laquelle un Etat n'est plus simplement décentralisé, serait-ce au niveau politique ou constitutionnel, mais devient un Etat *fédéral?* Nous doutons pour notre part que cela soit possible, tout au moins dans la mesure où l'on veut voir là un changement essentiel dans la structure de l'Etat.

---

[204] Raison pour laquelle on considère généralement les cantons comme des Etats dans le discours politique. Cf. GIACOMETTI, p. 30.

[205] Notamment MATTER, p. 33 ss. Cf. également la jurisprudence récente du TF, qui parle de « Gemeindefoederalismus », ci-après p. 173.

[206] « Bundesstaatsrecht », p. 40.

[207] Cf. note 225 ci-après.

[208] Cf. ci-avant p. 27 ss.

[209] Voir parmi d'autres AUBERT, Nos 529 à 533, qui relève qu'elle correspond en revanche à un sentiment politique précis.

Outre les difficultés déjà signalées qu'il y a à vouloir préciser ce qui caractérise le fédéralisme, il n'est pas dans notre propos d'en donner ici une définition. Nous nous contenterons donc d'indiquer les principes d'organisation, dont on admet généralement qu'ils constituent la technique juridique à la base d'un système fédéral : *superposition* de deux ordres juridiques, l'un étant subordonné à l'autre ; autonomie *constitutionnelle* des collectivités membres ; partage des compétences réservant des compétences *exclusives ou propres* aux collectivités membres ; *protection juridictionnelle* des collectivités membres en cas de conflit de compétences ; enfin, l'élément fréquemment cité comme le plus caractéristique, *droit de participation* des collectivités membres à la formation de la volonté de l'Etat fédéral (« Mitwirkungsrecht ») [210].

Ajoutons que la doctrine a souvent voulu attribuer aux collectivités membres d'un Etat fédéral un pouvoir de puissance publique propre, parfois même qualifié de *souveraineté* étatique [211]. Il faut probablement y voir une tentative, louable en soi, de sauvegarder la spécificité du fédéralisme, mais qui ne saurait fournir un critère déterminant. C'est notre opinion en ce qui concerne le fédéralisme suisse, sur lequel nous allons nous concentrer maintenant.

2. *Le statut juridique des cantons au sein de la Confédération*

Si l'on ne veut pas tomber dans d'inutiles querelles de terminologie, il faut bien reconnaître que les cantons ne sont pas des Etats souverains [212]. Ils ne tirent pas — même partiellement — leurs compétences de leur propre détermination, ou encore ils n'ont pas la compétence des compétences [213]. Ils

---

[210] Nous reprenons ici les principes d'organisation cités par CARDIS, p. 42 ss. Sur la doctrine classique et les critères qu'elle retient, voir l'analyse critique faite par AUBERT dans son « Essai sur le fédéralisme », p. 404 ss.

[211] « Eigene » ou « ursprüngliche Herrschaftsgewalt ». Il est aujourd'hui admis que dans un Etat fédéral, seul l'Etat central dispose des pouvoirs de puissance publique suprême, sans autre limite que le droit international : cf. BRIDEL, I, N° 17. La souveraineté ne signifie rien d'autre pour AUBERT, N^os^ 511 et 589, qui préfère parler de l'immédiateté internationale, alors qu'elle peut avoir une valeur relative pour BRIDEL, I, N° 18 / 19, en droit suisse tout au moins.

[212] En dépit des termes de la Constitution fédérale (art. 1, 3 et 5). Dans le même sens, AUBERT, N^os^ 588 à 593, selon lequel il est même difficile de parler à leur propos d'Etats tout court sans créer une notion juridique trop large. Cf. en revanche les réserves faites par BRIDEL, I, N^os^ 18 / 19 et 23.

[213] En tous les cas pris individuellement. Sur l'ensemble des cantons en tant que participant à la volonté fédérale, cf. la doctrine citée notes 215 et 217 ci-après.

tirent au contraire l'ensemble de leurs compétences de la seule *Constitution fédérale,* laquelle en fixe également les limites par diverses règles, dont celle de l'article 3 qui pose le principe même du partage des compétences. Cela nous permet de dire que les cantons n'existent pas en dehors de l'ordre juridique fédéral et que nulle norme de l'ordre juridique cantonal ne saurait leur attribuer la moindre compétence supplémentaire.

Certes, toute modification des limites que la constitution apporte à la « souveraineté » cantonale, notamment la modification du partage des compétences entre Confédération et cantons, doit faire l'objet d'une *révision de la constitution,* révision à laquelle une autre règle constitutionnelle associe les cantons en leur donnant le droit de la refuser s'ils sont en nombre majoritaire [214]. A ce propos, on dit des cantons qu'ils jouent alors le rôle d'*organes* de la Confédération [215]. Mais cette participation directe des cantons à l'exercice du pouvoir constituant de la Confédération, tout comme d'ailleurs leur participation, indirecte celle-là, à l'exercice du pouvoir législatif fédéral [216], ne change rien fondamentalement à leur statut : le droit à la création duquel ils participent demeure l'expression de la seule volonté du pouvoir fédéral [217]. De même, le fait historique que notre Etat fédéral se soit formé au siècle passé par la volonté des Etats qu'étaient alors les cantons ne modifie en rien l'appartenance exclusive de ceux-ci au droit fédéral, dès 1848 au moins [218]. Chercher à leur restituer au moyen de constructions artificielles le caractère d'Etats, même sui generis, nous paraît une entreprise inutile.

Une autre question se pose : plusieurs auteurs parmi les plus importants ont conclu au caractère *intangible* du fédéralisme suisse, en affirmant qu'il

---

[214] Art. 123 Const. ; de même pour la ratification des arrêtés urgents dérogeant à la Constitution (art. 89 bis, al. 3). Pour qu'il y ait majorité rejetante, il suffit de la moitié des cantons.

[215] AUBERT, N° 591, qui en fait un organe exceptionnel seulement, contrairement à d'autres auteurs (note 217 ci-après).

[216] De par leur représentation égale au sein de l'une des chambres de l'Assemblée fédérale, soit le Conseil des Etats (art. 80 Const.). Les cantons ont d'ailleurs d'autres droits de participation, cf. ci-après, p. 92.

[217] Dans le même sens AUBERT, N^os^ 590 s., CARDIS, p. 88, BÜTIKOFER, p. 14. Il ne nous paraît pas utile de construire une volonté distincte de celle de l'Etat central qui serait celle exprimée, conjointement avec les citoyens, par les cantons (comme le soutiennent BRIDEL, I, N° 19, et les auteurs cités par AUBERT, N° 591, note 1). Pour nous, les cantons sont et seront toujours *subordonnés* à la Confédération, même s'ils sont une composante de l'organe constitutant ; ils ne peuvent être *coordonnés* : le pouvoir constituant ne nous paraît pas divisible. Contra : GRISEL, p. 107.

[218] Et sans changement depuis, sous l'angle purement juridique. Cf. AUBERT, *Observations sur la nature juridique des cantons suisses,* in « Civitas », N° 1, 1970-1971, p. 28 ss.

représente un principe fondamental que l'on ne saurait remettre en cause [219], ou encore que la norme même de révision de la constitution ne pourrait être modifiée [220]. Ces thèses reviennent à garantir indirectement l'intangibilité des cantons en tant qu'organes participant à l'exercice du pouvoir constituant. Nous nous rangeons pour notre part du côté de ceux qui nient au contraire l'existence de limites matérielles à la constitution [221].

Le problème se pose différemment en ce qui concerne l'*existence* de chaque canton pris individuellement : une révision constitutionnelle est-elle suffisante pour supprimer l'un d'entre eux ou l'accord de la population du canton concerné est-il nécessaire ? On l'a affirmé, en expliquant notamment qu'en 1848, les cantons avaient accepté d'être désormais soumis à un ordre juridique supérieur, mais non de perdre contre leur gré toute identité [222]. Si nous demeurons sceptique quant au fondement juridique de la limite matérielle ainsi réintroduite dans la constitution, nous reconnaissons que cet a priori correspond à la solution que la sagesse politique dicterait aux autorités fédérales s'il s'agissait de remanier à nouveau le nombre ou l'étendue des cantons [223]. Nous admettrons donc, sans en débattre plus longuement, que le silence de la Constitution fédérale à ce sujet peut être interprété dans le sens que toute atteinte à l'existence d'un canton doit obtenir l'approbation de sa population.

---

[219] Ainsi H. NEF, *Materielle Schranken des Verfassungsrevision, RDS,* 1942, p. 108 ss.

[220] GIACOMETTI, « Bundesstaatsrecht », p. 706. A notre sens, il en va de même pour les tenants de la théorie selon laquelle les cantons exercent partiellement le pouvoir fédéral (cf. note 217 ci-avant).

[221] AUBERT, N° 328, CARDIS, p. 93. Nous ne voyons pas pour notre part selon quelle échelle de valeurs la distinction pourrait s'opérer entre principes constitutionnels supérieurs et principes ordinaires, ni comment justifier la légitimité de l'organe qui serait appelé à en juger et opposerait de la sorte sa décision à la volonté de la majorité du peuple et des cantons. Il en va a fortiori de même pour les constitutions cantonales (contra : GEIGER, p. 123 ss, pour l'autonomie communale).

[222] AUBERT, *op. cit.,* (note 218 ci-avant), p. 35.

[223] AUBERT, N° 540 / 541, pense qu'il y a là exceptionnellement une limite matérielle, et relève que le silence de la Constitution à ce sujet traduit une volonté de stabilité. Le problème s'est d'ailleurs posé en pratique, de manière plus complexe, quant au principe de la création d'un nouveau canton du Jura, en amputant d'autant celui de Berne : il n'a finalement été résolu qu'en obtenant du corps électoral bernois un vote favorable à une modification de la constitution bernoise (1er mars 1970 ; cf. FF 1970 II p. 1022). Sans cette consultation préalable, il n'y aurait eu d'autre possibilité que l'inscription dans la Constitution fédérale d'une définition juridique de la population ayant droit d'être consultée. Sur les divisions ou unions de cantons : AUBERT, Nos 543 à 559. Le projet de Constitution (art. 42) ne résoud pas ce problème, sauf en ce qui concerne une simple modification de territoire ayant l'approbation de la population du territoire cédé.

Abstraction faite des questions de principe soulevées à l'instant, il ne fait aucun doute que la Confédération répond aux critères généralement retenus pour caractériser un Etat fédéral [224]. Mais s'il en résulte logiquement que les cantons sont des collectivités publiques autonomes, intégrées au niveau constitutionnel dans la structure d'une collectivité supérieure, on peut en dire autant des communes à l'intérieur de chacune des structures cantonales, sous réserve de la règle de participation dont nous reparlerons plus loin [225]. Les deux notions ne diffèrent pas qualitativement, ce sont deux modalités de la décentralisation politique. Il nous reste dès lors à examiner en quoi ces modalités se ressemblent ou se distinguent.

3. *Parallèle entre le statut des cantons et celui des communes*

Nous comparerons le statut juridique des cantons et des communes sous les angles successifs de leurs compétences, de leur autonomie constitutionnelle, de la surveillance à laquelle ils sont soumis et des garanties juridictionnelles dont ils bénéficient, avant d'examiner les points particuliers de la garantie de leur existence et de leur participation à la formation de la volonté de la collectivité supérieure.

a) *Les compétences*

Virtuellement, les compétences communales sont aussi étendues que celles des cantons : nous avons vu qu'elles peuvent être législatives, administratives ou judiciaires, et s'exercer à propos de n'importe quel objet, sans limites autres que celles de l'ordre juridique des collectivités supérieures. Certes, le *volume* effectif des tâches qui échoient aux cantons dans le droit positif fédéral apparaît comme plus ample et plus important que celui des tâches qu'ils confient ou abandonnent à leurs communes respectives. Mais cela ne nous dit pas pour autant en quoi certaines compétences ou tâches seraient

---

[224] Cf. ci-avant, p. 81 s.

[225] Cf. ci-après p. 92 s. Sur la question de savoir si tel auteur considère que la différence est qualitative ou quantitative seulement (en droit suisse), on ne peut souvent trancher clairement, faute d'indications sur la valeur du critère de la participation à la volonté fédérale. Dans le sens qualitatif : BRIDEL, I, N° 156 (nie la compétence générale résiduelle des communes), GRISEL, p. 107 et 129. En sens contraire : GIACOMETTI, p. 28 (bien que partisan de l'intangibilité du fédéralisme), VIELI, p. 175, AUBERT, N°s 532 et 594 ss.

plus importantes que les autres, notamment en quoi elles seraient typiquement réservées à l'Etat central dans un système unitaire [226]. Toute comparaison, nécessairement schématique, entre le volume des compétences respectives se trouve d'ailleurs faussée par le fait que les communes reçoivent leurs compétences d'une collectivité qui n'a elle-même qu'une compétence résiduelle.

Cette dernière réflexion nous amène à examiner le principe dit de la *force dérogatoire* du droit de la collectivité supérieure : le droit cantonal doit céder le pas devant le droit fédéral, de même le droit communal face au droit cantonal. Or, il est de fait que l'activité communale doit non seulement respecter les limites tracées par le droit cantonal, mais encore celles fixées par l'ordre juridique fédéral. Les limites du droit fédéral n'ont toutefois pas l'importance qu'on serait tenté de leur attribuer. Le cas ordinaire, que l'on retrouve dans toute structure décentralisée, est en effet celui de limites fixées par l'ordre juridique immédiatement supérieur, en l'occurrence par le droit cantonal, lequel ne peut, par définition, outrepasser les limites du droit fédéral.

En revanche, il peut arriver exceptionnellement que le droit fédéral interfère dans la sphère des compétences communales [227], mais ce faisant, il s'impose tout autant à la commune qu'au canton, si bien que nous ne voyons là rien de déterminant pour les distinguer. Notons encore que le terme de force dérogatoire n'est guère heureux [228] : en réalité, le droit de la collectivité supérieure ne peut déroger à son gré au droit de la collectivité inférieure ; ainsi, le canton est dans une certaine mesure lié par le droit communal [229], et la Confédération doit dans la même mesure respecter les règles cantonales et communales.

b) *Le partage des compétences*

A cet égard, la différence apparaît plus sensible et son aspect juridique plus prononcé. Les cantons et les communes ont en commun que le principe d'une répartition de compétences en leur faveur figure dans la Constitution, que celle-ci leur réserve des affaires propres, qu'ils exercent une compétence

---

[226] Contra GIACOMETTI, p. 28 et « Bundesstaatsrecht », p. 45, qui cite la procédure civile et la jurisprudence : cette constatation s'explique par l'existence de trois foyers d'activité publique superposés.

[227] Cf. ci-après, p. 95 notre chapitre sur les relations entre Confédération et communes.

[228] Voir AUBERT, N° 663.

[229] Pour les cantons : cf. ci-après p. 159 s.). Pour la Confédération, cf. ci-après p. 112 s.

générale résiduelle et qu'ils disposent notamment d'un pouvoir normatif propre. En revanche, les *compétences propres* des cantons sont déterminées par la Constitution et par les lois prises en application de celle-ci, alors que celles des communes ne sont généralement précisées qu'au niveau de la loi.

Les lois fédérales ne peuvent en principe [230] empiéter sur les compétences propres des cantons ; elles ne servent de fondement qu'à des tâches cantonales déléguées. Tandis que pour les communes, les normes qui fixent leurs compétences propres et celles que le canton édicte en vertu des siennes sont le plus souvent confondues dans les mêmes textes. Il en résulte que les compétences cantonales exclusives sont beaucoup plus nombreuses que les compétences communales du même genre, constitutionnellement parlant. La différence s'atténue cependant un peu, si l'on tient compte du fait que la Constitution fédérale se révise relativement facilement et du fait que divers cantons ont institué le référendum législatif obligatoire [231].

c) *L'autonomie constitutionnelle*

Les cantons ont une constitution, les communes n'en ont pas [232]. Il serait cependant bien formaliste de s'en tenir à ce seul critère. Les communes exercent en effet des compétences plus ou moins étendues, dont on peut dire qu'elles visent à *préciser,* plutôt que créer, les fondements de la communauté locale. D'une part, elles bénéficient d'un pouvoir normatif propre, dont elles peuvent user pour restreindre les libertés individuelles : elles sont donc en mesure, pour autant que l'ordre juridique supérieur le permette, de privilégier telle ou telle conception de ces libertés [233]. Elles édictent d'autre part des règles relatives à leur organisation interne et à leurs finances. C'est surtout sur ce second point que l'on peut relever des différences entre cantons et communes.

En matière d'*organisation interne,* il est certain que la marge de manœuvre des communes est considérablement plus restreinte que celle des cantons, si l'on excepte le droit qu'elles ont de désigner leurs autorités. Le cadre imposé par la Constitution fédérale aux cantons [234] est théoriquement très

---

[230] Cela peut toutefois être le cas, faute d'une juridiction constitutionnelle à même de contrôler leur constitutionnalité ; cf. AUBERT, N° 635.

[231] Sur ces cantons, cf. ci-avant, p. 47.

[232] Bien que certains droits cantonaux parlent de « Gemeindeverfassung » pour le règlement communal d'organisation, ainsi l'art. 2, al. 2 LC GR.

[233] En matière de constructions, de police du commerce, ou encore d'ordre public. Cf. ci-après p. 145 s.

[234] Cf. ci-après p. 99 ss.

large, même si dans les faits, par une sorte de consensus, tous les cantons se sont donné des organisations internes relativement semblables. Au contraire, l'homogénéité de la structure interne des communes leur est le plus souvent imposée par le droit cantonal. Ce dernier pose plus particulièrement des règles impératives en ce qui concerne les autorités communales et le partage interne des compétences entre celles-ci, ainsi que sur l'exercice des droits politiques en matière communale [235].

C'est donc plutôt le *détail* de son organisation interne que la commune peut réglementer. Les variations cantonales sont toutefois importantes à cet égard. Ainsi, dans quelques cantons, les communes ont le droit de choisir si elles entendent introduire ou non le vote des femmes [236]. Ailleurs, elles peuvent décider de l'opportunité de créer en leur sein une ou plusieurs collectivités dotées du pouvoir de puissance publique [237]. Dans divers cantons, les communes peuvent fixer le mode, direct ou représentatif, de participation à l'assemblée communale délibérante, ou encore fixer les modalités des débats au sein de cette assemblée [238]. Dans la plupart des cantons, les communes ont la compétence d'établir un statut plus ou moins complet des fonctions publiques communales. Dans les autres, les compétences communales se résumeront à définir la structure interne de l'administration communale.

En conclusion, il apparaît que les cantons ont ressenti la nécessité de se donner une organisation territoriale relativement *uniforme,* alors que le constituant fédéral n'a pas cru devoir aller si loin [239].

En matière de compétences *financières,* la différence entre cantons et communes s'apprécie d'une manière analogue. Les communes de tous les cantons disposent comme ceux-ci de *ressources propres :* revenus du patrimoine et prélèvements fiscaux ou parafiscaux, qui leur permettent de financer notamment les tâches qu'elles assument de leur propre initiative [240]. Mais le cadre dans lequel elles peuvent le faire est certainement plus étroit. Tous les

---

[235] Ainsi les communes zurichoises ne peuvent régler la procédure en matière de vote, le droit cantonal étant considéré comme exhaustif sur ce point : ATF 103 I a), p. 487 ss « Primarschulgemeinde Bassersdorf » ; ATF 103 I a), p. 320 ss « commune de Horgen » (matières communales donnant lieu à votation obligatoire).

[236] OW, art. 18, al. 2 Const. ; SO, art. 60, al. 1 Const. ; AI, art. 16, al. 3 Const. (pour les communes scolaires et les paroisses seulement).

[237] Soit les fractions de communes, cf. ci-avant, p. 123 s. et p. 45 s.

[238] Sur le principe d'un parlement ou de votations remplaçant l'assemblée, cf. ci-avant, p. 43. Sur les débats : *Zbl.* 1950, p. 396 ss (SH ; décision cantonale admettant la détermination par l'assemblée des modalités de vote).

[239] D'une manière générale, mais le législateur fédéral donne parfois des instructions détaillées pour l'accomplissement de certaines tâches déléguées, cf. ci-après p. 109.

[240] Cf. MEYLAN, p. 121 ss.

droits cantonaux contiennent en effet des règles plus ou moins développées sur le régime des finances communales. Là encore, les variations cantonales sont considérables. Certaines communes peuvent déterminer le type d'impôt qu'elles entendent prélever et selon quelles modalités [241]. Cependant, généralement, les limites apportées au pouvoir fiscal communal sont relativement strictes et dans certains cas, le choix de la commune portera uniquement sur le taux d'imposition, parfois même dans des limites fixées par la loi [242].

En ce qui concerne les tâches que les cantons et les communes accomplissent pour le compte de la collectivité supérieure, il y a sans doute moins de différences, tant au point de vue de l'organisation qu'à celui de leur financement. Le régime des *subventions* fédérales, par exemple, dont bénéficient les cantons et les communes, est assez comparable. Il se caractérise par le fait que la collectivité supérieure se réserve un pouvoir de contrôle étendu et la question du droit à obtenir la subvention ne se règle pas de façon différente. Il est toutefois fréquent que les subventions fédérales destinées aux communes leur soient versées par l'intermédiaire du canton [243], ce qui peut conférer à celui-ci un droit de regard.

d) *La surveillance*

Contrairement à une opinion répandue [244], nous ne pensons pas que la surveillance des communes présente juridiquement un caractère plus *général* que celle de la Confédération sur les cantons. Dans les deux cas, la collectivité supérieure est en droit d'exercer une surveillance considérée comme normale, qui n'a pas besoin d'une base légale expresse et qui se limite à la légalité. Pour le reste, la collectivité supérieure ne peut en principe en étendre la portée ou recourir à des moyens qui ont un caractère de contrainte que dans la mesure où une norme expresse l'y autorise [245].

Cela dit, les règles cantonales sur la surveillance des communes instituent sans doute un contrôle plus *strict* et une intervention plus intense dans la sphère d'activité communale. C'est le cas par exemple lorsqu'elles autorisent

---

[241] Ainsi à GR, art. 40, al. 5 Const., mais cf. les dispositions récentes des art. 39 ss LC GR (en particulier l'art. 43, qui donne une liste exemplaire des impôts et précise que la commune ne s'écartera pas des principes d'imposition cantonaux sans raison particulière). Cf. en outre MEYLAN, p. 121 s.

[242] MEYLAN, p. 122 ss.

[243] Cf. par exemple art. 33 LPEP et art. 50 de l'ordonnance générale sur la protection des eaux (RS 814.201).

[244] Cf. par exemple RASCHEIN Rolf, Bündnerisches Gemeinderecht, Donat-Ems, 1972, p. 39.

[245] Que l'activité considérée soit propre ou déléguée. Cf. GIACOMETTI, « Bundesstaatsrecht », p. 127 ss ; AUBERT, Nos 789 / 790 (surveillance sur les cantons).

les autorités cantonales à prendre des mesures à l'encontre des personnes composant les autorités communales, mesures dont on ne retrouve pas l'équivalent en droit fédéral. S'agissant de la surveillance d'office, les clauses cantonales qui prévoient l'approbation d'actes communaux ont souvent un caractère général, contrairement à ce qui se passe en droit fédéral. En matière de contrôle juridictionnel, les actes cantonaux sont revus par le Tribunal fédéral sous l'angle de leur constitutionnalité seulement, alors que le contentieux des décisions communales revient à des autorités cantonales qui en revoient la légalité, voire l'opportunité [246].

Enfin, la Confédération ne dispose pas de *moyens* [247] de surveillance moins étendus que ceux des cantons. En recourant à l'exécution fédérale [248], elle peut aller jusqu'à se substituer à un canton, partiellement ou complètement, voire même annuler un acte cantonal sur la base de son seul pouvoir de surveillance. La seconde hypothèse est contestée par une partie de la doctrine [249], mais elle s'est bel et bien réalisée récemment dans une affaire de mesures provisoires d'aménagement du territoire, dite du « Fextal », où le Conseil fédéral a annulé une décision d'un tribunal administratif cantonal entrée en force [250]. C'est toutefois un événement extrêmement rare.

e) *La protection juridictionnelle*

En cas de conflit de compétences, il apparaît curieusement que les cantons sont moins bien protégés que les communes. Alors que ces dernières disposent du recours de droit public pour se plaindre d'une violation par le

---

[246] Cf. ci-après p. 169 ss.

[247] A l'exception de la surveillance sur les personnes, cf. AUBERT, N° 784.

[248] Sur ce procédé, dont on tire le principe des art. 85, ch. 3 et 102, al. 1, ch. 2 Const. : AUBERT, N^os^ 804 à 812. Il ne doit pas être confondu avec l'intervention fédérale des art. 15 à 17 Const., qui n'est pas un moyen de surveillance.

[249] AUBERT, N^os^ 807 / 808 admet l'absence de texte pour la substitution, mais non pour l'annulation ; ni BRIDEL, I, N° 105 ss, ni GIACOMETTI, « Bundesstaatsrecht », p. 143 ss, ne font état d'un pouvoir général d'annulation. Il faut d'ailleurs distinguer entre le pouvoir de constater la nullité d'un acte cantonal, généralement admis, et celui de révoquer un acte valable : MOOR, *Pouvoir de surveillance fédéral et autorités cantonales*, in *Zbl.* 1975, p. 191 ss, qui se prononce en faveur du droit de révocation si celle-ci est matériellement justifiée (p. 194).

[250] Pour violation manifeste du droit fédéral. Le résumé de cette affaire, la décision du Conseil fédéral du 4 juillet 1974, ainsi que la prise de position ultérieure du Tribunal administratif GR ont été publiés in *Zbl.* 1974, p. 529 ss. Cf. Y. HANGARTNER, *Bundesaufsicht und richterliche Unabhängikeit*, in *Zbl.* 1975, p. 1 ss, qui conteste cette décision en lui opposant le principe de la séparation des pouvoirs, et la réponse pertinente de MOOR, p. 194 s., *op. cit.* (note 249 ci-avant) : la surveillance fédérale ne saurait varier selon l'organisation de la juridiction administrative dans les différents cantons.

canton de sa constitution [251], les cantons de leur côté ne peuvent attaquer devant aucune instance judiciaire la constitutionnalité d'une loi fédérale, ce qui les place d'ailleurs dans la même situation que n'importe quel particulier et que les communes elles-mêmes face au législateur fédéral [252]. Les cantons ne sont toutefois pas dépourvus de tout moyen : ils ont la possibilité de formuler une réclamation de droit public auprès du Tribunal fédéral, voie de droit qui leur permet de faire trancher les conflits de compétences qui n'ont pas un caractère constitutionnel ou législatif [253].

S'agissant des autres voies de droit sur le plan fédéral, les cantons se trouvent sensiblement placés sur le même pied que les communes quant à la qualité pour agir devant la juridiction administrative fédérale selon les conditions du droit commun [254]. En revanche, les lois fédérales accordent plus fréquemment aux cantons qu'aux communes un droit de recours spécial en matière administrative [255].

f) *Le droit à l'existence*

Du point de vue *institutionnel*, on relèvera une différence. Supprimer l'existence de l'ensemble des cantons ou celle de toutes les communes d'un canton exigerait dans les deux cas une révision constitutionnelle. Toutefois, sur le plan fédéral, cette procédure devrait suivre les règles plus complexes de la *révision totale* [256], ce qui n'est pas évident en droit cantonal.

Quant à la garantie de l'existence *individuelle* d'un canton ou d'une commune, ainsi que celle de l'intégrité de leur territoire, la différence n'est pas la même selon le canton auquel on a affaire. Certains confient la décision de supprimer une commune au simple législateur. On est alors loin des condi-

---

[251] Dans la mesure où leur autonomie est en cause ; cf. ci-après p. 172 ss.

[252] Cf. l'art. 113, al. 3 Const., qui dispose que le TF applique la législation fédérale, ainsi que les arrêtés de portée générale.

[253] Art. 113, al. 1, ch. 1 Const. et art. 83, litt. a) LOJ. Les cantons peuvent donc s'en prendre aux arrêtés fédéraux simples, ainsi qu'aux ordonnances fédérales ; mais à l'inverse, la Confédération peut par la même voie de droit contester tout acte législatif cantonal. Cf. AUBERT, Nos 1620 à 1634, avec un commentaire des rares cas d'application de cette voie de droit.

[254] Cf. ci-après p. 200 ss et MACHERET, p. 198 s. : de même que la commune ne peut attaquer la décision d'une autorité cantonale appliquant le droit fédéral lorsqu'elle en dépend hiérarchiquement, un organe cantonal n'a en principe pas droit de recourir contre la décision d'une autorité cantonale qui lui est supérieure.

[255] Ainsi l'art. 20, al. 2 LF sur le séjour et l'établissement des étrangers, du 29 septembre 1952 (RS 142.20), les art. 12 et 13 de l'arrêté fédéral sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, des 23 mars 1961 / 21 mars 1973 (RS 211.41), qui ne donnent pas de droit de recours aux communes.

[256] Pour des motifs tant formels que matériels. Cf. AUBERT, Nos 331 et 352-354.

tions posées par le droit fédéral. Mais dans les autres cantons, nous l'avons vu [257], il faudrait procéder à une révision constitutionnelle si le consentement de la commune n'est pas acquis. Cette hypothèse ne s'est d'ailleurs pas encore réalisée à notre connaissance. A la lettre, il devrait en aller de même pour la suppression d'un canton contre son gré. Pour des motifs plus politiques que juridiques, cela ne paraît cependant guère concevable comme nous l'avons dit plus haut [258].

g) *Les droits de participation*

A part leur droit de vote en matière constitutionnelle, ainsi que leur droit de représentation au Parlement fédéral, les cantons jouissent d'autres droits politiques tels le droit de convoquer le Parlement [259], le droit d'initiative constitutionnelle et législative [260], ainsi que le droit de référendum législatif [261]. Ils ont d'autre part le droit d'être consultés à propos de certains objets [262]. Ces droits ne sont toutefois pas spécifiques aux cantons : dans certains d'entre ces derniers, les communes ont reçu des droits semblables [263] et rien n'empêcherait les autres de le faire. Les législations fédérale et cantonales prescrivent aussi un droit des communes d'être entendues en certaines matières [264].

---

[257] Cf. ci-avant p. 46 s.

[258] Cf. ci-avant p. 84.

[259] Art. 86, al. 2 Const. (à la demande de cinq cantons).

[260] Art. 93, al. 2 Const., qui s'apparente selon nous plutôt à un droit de pétition. Cf. AUBERT, N° 226.

[261] Art. 89, al. 2 et 3, et 89 bis, al. 2 Const. (à la demande de huit cantons).

[262] De par la Constitution : par exemple en matière économique (art. 32, al. 2 Const.). Cf. AUBERT, N° 598.

[263] Ainsi lorsque la commune constitue l'arrondissement électoral pour la désignation des membres du Parlement cantonal et que la constitution cantonale contient des règles sur la répartition des sièges entre les arrondissements, notamment la garantie d'un nombre minimal ; cf. JAGMETTI, p. 315 s., qui cite UR, SZ, OW, NW, GL, BS (notes 35 / 36). De même le droit d'initiative législative accordé aux autorités communales, à l'attention du parlement (ZH) ou de la Landsgemeinde (OW et NW, où ce droit s'étend aux décisions financières) ; cf. JAGMETTI, p. 316 (notes 37 et 38). Notons que les cantons n'ont jamais fait usage de leurs droits de convocation et de référendum législatif (AUBERT, N° 599, parle de « règles mort-nées »).

[264] Cf. ci-après p. 106 (droit fédéral). Cf. également l'art. 27 bis Const. VD, selon lequel le canton doit s'opposer à un projet d'aérodrome qui n'est pas approuvé par toutes les communes dont il touche le territoire (jugé compatible avec le droit fédéral dans la mesure où il ne supprime pas l'obligation faite au canton d'informer l'autorité fédérale : FF 1975 II, p. 1696 ss, et 1976, III, p. 667). Sur le droit de la commune à être entendue lorsque son autonomie est en cause en l'absence d'une disposition légale, cf. ci-après p. 195 s.

Il n'y a donc pas de différence de principe, à une importante exception près : la constitutionnalité d'un système cantonal dans lequel les communes disposeraient d'un *droit de vote* dans la procédure de révision constitutionnelle, ou encore du *droit d'être représentées* dans une sorte de chambre des communes, est très généralement mise en doute, tant au regard de l'article 6, alinéa 2, litt. b), qu'à celui de l'article 4 de la Constitution, ainsi qu'à celui de la garantie fédérale de l'exercice des droits politiques sur le plan cantonal [265]. A juste raison selon nous. De fait, la question n'a jamais été clairement tranchée les rares fois où elle aurait pu se poser, soit lorsque des cantons avaient manifesté l'intention de se donner un tel système [266]. La différence essentielle réside donc dans les droits de vote et de représentation des cantons. Tous deux ont cependant été critiqués quant à leur efficacité, le second en particulier [267]. C'est également notre avis.

Dans la mesure où ils présentent les caractéristiques d'une décentralisation politique fédérale, ce qui nous paraît être le cas, les cantons sont bien ces « communes » de la Confédération dont parlait M. Giacometti. Il faut toutefois reconnaître, avec le même auteur [268], qu'ils sont alors, par rapport aux communes, des collectivités autonomes élevées à une puissance quantitativement supérieure. Juridiquement, leur participation à la formation de la volonté de la collectivité supérieure constitue sans nul doute un critère significatif, lequel détermine un nouveau seuil dans l'intensité de la décentralisa-

---

[265] La forme « républicaine » imposée aux cantons se fonde sur le principe égalitaire. Cf. AUBERT, Nos 570 et 571, et ci-après p. 99. A notre sens, l'art. 27 bis Const. VD (cf. note 264 ci-avant) a reçu sous cet angle la garantie fédérale parce que l'opposition cantonale que provoquerait le refus d'une seule commune n'est qu'un vœu, soumis à l'appréciation des autorités fédérales.

[266] Cf. les exemples de garantie fédérale qui aurait été vraisemblablement refusée au siècle passé (cités par AUBERT, No 570) : députation régionale (TI) ; droit de vote des communes dans le référendum législatif obligatoire (GR).

[267] Cf. par exemple AUBERT, Nos 526-528. Ajoutons toutefois, en ce qui concerne le droit de vote des cantons, que la moitié exactement de ceux-ci ont fait échouer le projet d'article constitutionnel sur la politique conjoncturelle accepté par la majorité du peuple le 2 mars 1975, certainement en partie par défiance à l'égard de la centralisation (jusque-là, il n'y avait eu qu'un seul cas de rejet dû au seul vote des cantons depuis 1874 ; cf. AUBERT, Nos 408 et 527). Sur les réflexions que peut susciter l'institution d'une chambre représentant les cantons, cf. le « Rapport final » du groupe de travail WAHLEN, p. 509 ss, qui examine l'éventualité d'une certaine gradation remplaçant la représentation égale des cantons.

[268] « Bundesstaatsrecht », p. 45 : « Mann kann daher die Kantone auch als potenzierte Selbstverwaltungskörper bezeichnen ».

tion [269]. On a vu que les communes sont privées d'un tel droit. Toutefois, ce critère classique de l'Etat fédéral [270] nous paraît un élément moins déterminant que ceux que nous avons dégagés à propos du passage d'une décentralisation ordinaire à une décentralisation politique [271].

En revanche, et ce sera là notre conclusion, il convient de ne pas oublier la dynamique particulière du fédéralisme : il peut représenter aussi bien un certain *degré d'union* qu'un certain *degré de désagrégation* des collectivités étatiques [272]. Le fédéralisme suisse procède de la première tendance [273]. En cela, il se distingue, depuis 1874 en tous les cas, de la décentralisation — même politique — des cantons. Il est vrai qu'historiquement, les deux structures ont évolué parallèlement, sans se confondre tout à fait [274]. Il faut voir là la raison pour laquelle on attribue souvent à la décentralisation par les communes une valeur et une fonction fédéralistes.

---

[269] Le seuil suivant étant celui du passage d'un Etat fédéral à une Confédération d'Etat, notion que nous renonçons à traiter ici, mais à propos de laquelle on ne peut plus parler de décentralisation car elle répond à une dynamique inverse, cf. ci-après note 272 et AUBERT, *Fédéralisme*, p. 444 ss, qui examine la manière dont les Etats s'unissent, mesurée au degré d'imprévisibilité du sacrifice consenti.

[270] Cf. CARDIS, p. 105 ss.

[271] Cf. ci-avant p. 33 ss.

[272] AUBERT, Nos 730 / 731.

[273] Les cantons ont créé la Confédération, ils n'en sont pas la création. Contra, GIACOMETTI, « Bundesstaatsrecht », p. 41, qui admet toutefois qu'il y a un facteur contractuel dans le lien qui unit la Confédération et les cantons, élément qui est absent des relations entre canton et communes.

[274] Cf. JAGMETTI, p. 261 s., qui relève que les communes se sont souvent développées parallèlement aux collectivités publiques de l'échelon supérieur, sans s'unir pour créer celles-ci. Cf. également GRISEL, p. 129, pour lequel la Confédération a été jusqu'à la fin du XVIIIe siècle une association de communes (rurales dans la Suisse centrale, citadines ailleurs) plutôt que de cantons.

CHAPITRE III

La Confédération et les communes

Nous avons jusqu'ici décrit la décentralisation par les communes en la situant dans les structures cantonales. On peut se demander quelles sont alors les relations qu'entretiennent les communes et la Confédération. Cela nous amènera à considérer la place occupée par les communes dans la Constitution fédérale d'abord (section I) et dans la législation fédérale ensuite (section II). Dans la mesure où la décentralisation par les communes n'est pas selon nous une notion du droit fédéral, nous verrons enfin s'il se justifie de l'introduire dans la Constitution fédérale (section III).

Section I

Les communes dans la Constitution fédérale

Les seules *prescriptions générales* contenues dans la Constitution fédérale au sujet de l'organisation interne des cantons sont celles de l'article 6, alinéa 2, litt. b) et c) : les constitutions cantonales doivent avoir un caractère démocratique, à savoir assurer l'exercice des droits politiques sous les formes de la démocratie directe ou représentative d'une part, et d'être adoptées ou revisées par la majorité simple des citoyens du canton d'autre part [1]. On devrait logiquement en déduire le principe que les communes sont *ignorées* de l'ordre constitutionnel fédéral s'il n'y avait diverses autres dispositions, dans la même Constitution fédérale, qui semblent mettre ce principe en doute. Nous commencerons donc par recenser ces dispositions.

1. *Les dispositions constitutionnelles fédérales relatives aux communes*

Nous limiterons notre propos aux articles de la Constitution qui mentionnent expressément la commune ou le droit communal.

Citons en premier lieu l'article 43, qui règle la jouissance et l'exercice de ses *droits politiques* par le citoyen suisse, et dont les alinéas 4, 5 et 6 se réfèrent expressément au droit de vote en matière communale. Dans certaines limites — faculté d'imposer un délai d'attente de trois mois ou encore de restreindre le droit de vote dans les affaires purement bourgeoisiales [2], les

[1] Cf. ci-après, p. 99.

[2] Comme l'octroi du droit de cité ou l'administration du patrimoine de la bourgeoisie ; sur les communes bourgeoises, cf. ci-avant p. 50.

droits politiques de tout citoyen établi dans une commune sont ainsi garantis au même titre que ceux des bourgeois ressortissants de la commune.

Les règles de l'article 44 sur la *nationalité suisse* et les effets juridiques qui s'y attachent [3] reposent d'autre part implicitement sur le principe d'un *triple* droit de cité : citoyenneté fédérale, indigénat cantonal et droit de bourgeoisie communal [4]. Ainsi, pour préciser le droit de cité éventuel de certains enfants, l'article 44, alinéa 3, recourt à la notion de commune d'origine de la mère [5], quand bien même cette notion n'est définie nulle part dans la Constitution. Ou encore l'article 44, alinéa 5, qui se réfère à la notion de biens bourgeoisiaux et corporatifs sans en dire plus à ce sujet [6]. Se fondant sur ce contenu constitutionnel de la nationalité, la législation fédérale a créé un lien apparemment nécessaire entre l'appartenance fédérale et cantonale d'une part, et le droit de cité communal d'autre part, ce dernier représentant le fondement normal pour acquérir la qualité de ressortissant suisse [7].

Toujours à propos du statut du citoyen suisse en général, l'article 45 garantit à ce dernier le *libre établissement* dans un point quelconque du territoire, sous-entendu dans n'importe quelle commune. Dans son ancienne teneur en effet [8], il assurait au citoyen, en matière de contributions communales, le bénéfice d'un traitement identique à celui des autres citoyens, même s'il n'était pas ressortissant de sa commune de domicile [9]. Pour le cas où ce

---

[3] Notamment en matière d'assistance aux indigents par la commune d'origine, mais ce principe a été abrogé par la révision constitutionnelle de 1975, cf. ci-après note 8. Sur les effets du droit de cité communal en général, AUBERT, Nos 1014 à 1016 (sauf pour l'établissement et l'assistance).

[4] Cf. BRIDEL, I, Nos 208 à 214.

[5] S'agissant d'un enfant né en Suisse de parents étrangers, mais dont la mère était d'origine suisse par filiation (la loi fédérale n'a toutefois pas repris ce principe facultatif : AUBERT, No 950). De même, l'art. 54, al. 4 Const., qui prévoit que la femme mariée prend le droit de cité et de bourgeoisie de son mari, sans que ce droit de bourgeoisie soit explicité.

[6] A propos des droits des personnes incorporées dans la nationalité suisse par rapport à ceux des autres ressortissants.

[7] Cf. la LF sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse, du 29 septembre 1952 (RS 141.0), notamment les art. 4 à 7, 12 et 52. De même les dispositions du CCS qui confèrent des droits à la commune d'origine (art. 256, al. 2 ; 262, al. 1 ; 306 ; 312, al. 2).

[8] Un nouvel art. 45, réduit à un seul alinéa, a été accepté en votation populaire le 7 décembre 1975 (cf. FF 1974, I, p. 216 ss) (rapport de la commission du Conseil national), p. 1386 s., (avis du Conseil fédéral) ; FF 1974, II, p. 1501 (projet) et 1976, I, 342 ss. Jusque-là, l'établissement pouvait être refusé, à certaines conditions, hors du canton ou de la commune d'origine.

[9] Art. 45, al. 6 ancien. Il a été supprimé, car l'on a jugé que l'égalité de traitement était suffisamment garantie par d'autres règles constitutionnelles, soit les art. 4, 45 nouveau et 60.

même citoyen serait tombé dans l'indigence, il ne pouvait d'autre part se voir refuser l'établissement dans sa commune d'origine [10].

Dans un domaine différent, celui des *prélèvements fiscaux,* on mentionnera la restriction posée par les articles 41 bis, alinéa 2 et 41 ter, alinéa 2 : certains objets frappés d'un impôt fédéral ne peuvent en aucun cas être soumis à des contributions communales du même genre, pas plus qu'à des contributions cantonales [11].

Enfin, l'article 34 septies, alinéa 2, prévoit des règles fédérales sur la *protection des locataires,* règles applicables dans les communes où règne la pénurie de logements ou de locaux commerciaux [12].

2. *La décentralisation par les communes, principe constitutionnel fédéral ?*

Pour déterminer si le principe selon lequel la Confédération ne connaît pas les communes est bien valable, en dépit des exceptions que présente apparemment la Constitution, il convient de se demander si l'existence des communes, sinon leur autonomie [13], sont *implicitement garanties* par la Constitution fédérale. En d'autres termes, l'existence de collectivités locales et le cas échéant leurs compétences autonomes doivent-elles être élevées au rang d'un principe constitutionnel fédéral non écrit, au même titre que la liberté personnelle par exemple ?

Quelques rares auteurs semblent le prétendre, plus particulièrement parmi les partisans du droit naturel de la commune à exister et à régler de manière autonome ses affaires propres [14]. Leur raisonnement est logique : si l'on admet a priori qu'il y a certains principes fondamentaux et immuables, dont le respect constitue une limite matérielle à toute révision de la Constitution fédérale ou des constitutions cantonales, et que l'on compte parmi ces principes l'existence de collectivités communales autonomes, force est de reconnaître qu'il s'agit d'un droit constitutionnel non écrit de niveau fédéral au

---

[10] Art. 45, al. 3 ancien.

[11] Il s'agit du droit de timbre fédéral, de l'impôt anticipé et de l'impôt sur le tabac (art. 41 bis), de l'impôt sur le chiffre d'affaires et des impôts de consommation spéciaux sur les carburants et la bière (art. 41 ter).

[12] Cf. la législation fédérale édictée sur cette disposition, ci-après, p. 104, note 35.

[13] Bien que liées, ces notions doivent toutefois être distinguées. Cf. ci-avant p. 45 ss et 64 ss.

[14] LAUTENSCHLAGER, p. 8 ss, MATTER, p. 36 ; BUCLIN, p. 96 (bien que positiviste).

moins [15]. Comme nous l'avons déjà exposé [16], ce sont les prémisses de ce raisonnement que nous ne pouvons accepter. On ne saurait pas davantage créer de toutes pièces un principe constitutionnel fédéral en partant de la constatation que toutes les constitutions cantonales garantissent explicitement ou implicitement le principe d'une décentralisation par les communes [17].

Curieusement, une bonne partie de la doctrine ne se prononce pas sur ce point [18]. A notre sens, la question doit être posée différemment : la Confédération est-elle en mesure d'imposer aux cantons un *mode d'organisation interne* et leur prescrire par exemple de créer des collectivités décentralisées au niveau local ou les cantons sont-ils libres de s'organiser comme ils l'entendent ?

Rien dans la Constitution fédérale ne permet d'affirmer que la Confédération peut exiger autre chose des cantons que le maintien d'une organisation démocratique, conformément à l'article 6, alinéa 2, litt. b). Certes, cette exigence d'une forme « républicaine » est interprétée très généralement dans le sens qu'elle implique une autre restriction : les cantons ne peuvent instituer un type d'organisation démocratique dans lequel les décisions seraient prises autrement qu'à la majorité simple du peuple ou du Parlement, ce qui exclut la possibilité de créer à l'intérieur d'un canton une structure de type fédéral, notamment sous la forme d'une fédération de communes [19]. Quoi qu'il en soit, cette limite supplémentaire ne saurait a contrario fonder un quelconque droit de la Confédération d'exiger des cantons qu'ils se décentralisent en créant des collectivités publiques autonomes.

En effet, il découle de la répartition des compétences entre Confédération et cantons, telle qu'elle est réglée par l'article 3, que seules reviennent au pouvoir fédéral les compétences que la Constitution lui attribue expressément ou implicitement. Or, en l'absence d'une disposition expresse, la possibilité pour la Confédération d'intervenir de manière générale dans l'organisation interne des cantons, notamment en leur prescrivant l'un ou l'autre système de décentralisation, devrait se déduire implicitement des autres compétences

---

[15] GEIGER, p. 123 ss, ne tire pas cette conclusion, bien qu'il soutienne que l'autonomie communale représente une limite matérielle à la révision des constitutions cantonales (limite cantonale qui nous paraît exclue par l'art. 6, al. 2, litt. b) Const. fédérale).

[16] Cf. ci-avant p. 84.

[17] Cf. ci-avant p. 45 s. et 59 ss.

[18] Cf. toutefois MEYLAN, p. 89 s.

[19] Que ce soit sous la forme d'un parlement bicaméral (avec une chambre des communes) ou sous celle d'un droit de vote des communes en matière constitutionnelle ou législative ; à notre sens, c'est surtout l'art. 4 Const. qui ne serait pas respecté par un tel système. Cf. ci-avant p. 93 et note 266 : AUBERT, N° 570-572. Cf. également le « Rapport final » du groupe de travail WAHLEN, p. 288 s., qui se prononce négativement.

fédérales. Une interprétation aussi extensive nous paraîtrait pour le moins audacieuse et peu conforme à l'esprit de la Constitution fédérale. On relèvera à ce propos que le constituant, lorsqu'il délègue aux cantons l'exécution de tâches fédérales, tend à empiéter le moins possible sur leurs compétences en matière d'organisation. Le législateur fédéral, en revanche, n'est souvent pas aussi respectueux de l'autonomie cantonale lorsqu'il procède à une délégation de compétences fédérales, comme nous le verrons plus loin [20].

Qu'en est-il alors des exceptions qui résultent apparemment de certaines dispositions de la Constitution fédérale ? Les principes inscrits aux articles 43 à 45 ne concernent en fait nullement le partage des compétences entre la Confédération et les cantons : ils définissent le *statut du citoyen suisse* et lui garantissent l'égalité de traitement, notamment en matière de droits politiques et de contributions fiscales, quelles que soient sa commune d'origine, sa commune de domicile ou encore la manière dont il a acquis son droit de cité communal [21]. Dans l'hypothèse où un canton supprimerait toute commune en son sein, les garanties d'égalité de traitement que nous venons de voir n'auraient plus de raison d'être sur le plan local et il suffirait qu'elles soient respectées sur le plan cantonal pour que les exigences de la Constitution fédérale soient satisfaites. De même, il ne nous paraît pas absolument nécessaire de faire partie d'une collectivité locale — bourgeoisie ou commune politique — pour bénéficier de la qualité de ressortissant suisse : c'est ainsi que les ressortissants du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures ne se distinguent entre eux que par leur appartenance ou non au district d'Oberegg [22].

Quant aux dispositions constitutionnelles sur l'interdiction de frapper d'un impôt communal certains objets soumis à l'imposition fédérale, elles n'ont qu'une valeur déclarative. Elles signifient simplement que l'imposition communale, lorsqu'elle existe, est bien entendu soumise aux mêmes restrictions, quant au choix des objets, que l'imposition cantonale. Le pouvoir fiscal des communes ne trouve son fondement que dans le seul droit cantonal. Le fait qu'il soit cité à part dans la Constitution fédérale ne constitue pas une base légale suffisante pour qu'il soit exercé indépendamment d'une base légale de droit cantonal.

---

[20] Cf. ci-après, p. 109. Le projet de Const. prévoit expressément, à son art. 40, al. 1, que les cantons s'organisent librement.

[21] Cf. l'art. 44, al. 5, Const. (la seule discrimination possible à l'égard des personnes qui ont acquis la nationalité suisse autrement que par naissance est celle concernant les affaires bourgeoisiales, cf. note 6 ci-avant). Cf. également notes 8 à 10 ci-avant.

[22] Cf. ci-avant p. 44, note 21, ainsi que JAGMETTI, p. 258 s. Au reste, les cantons peuvent parfaitement prescrire en détail les conditions d'obtention du droit de cité communal, ne laissant ainsi aux communes que la seule faculté d'en prendre acte.

Nous sommes donc d'avis [23] que la Constitution fédérale ne prescrit nullement aux cantons de se décentraliser, notamment de créer ou maintenir des collectivités publiques locales. Nous estimons d'ailleurs qu'en l'état de notre droit constitutionnel, la Confédération n'est pas habilitée à créer elle-même des collectivités publiques territoriales ayant une vocation générale, par exemple des régions, car cela reviendrait à instituer une décentralisation politique non prévue par la Constitution [24].

3. *La décentralisation par les communes, principe constitutionnel cantonal*

Si l'on poursuit le raisonnement, on aboutit à la conclusion que la Confédération ne saurait refuser à un canton la garantie fédérale prévue à l'article 6, alinéa 2, de la Constitution, pour le motif que ce canton aurait choisi de ne pas se décentraliser, notamment de ne pas avoir une organisation communale autonome ou encore de ne maintenir celle-ci que sur une partie de son territoire. Nous en voulons pour preuve le cas de la ville de Bâle : il n'y existe d'une part aucune collectivité publique qui joue le rôle d'une commune politique, au sens où cette notion est comprise dans l'ensemble des cantons suisses. Toutes les affaires intéressant la ville de Bâle sont prises en charge par les autorités du canton de Bâle-Ville, comme le prévoit la constitution cantonale elle-même [25]. Or le canton de Bâle-Ville comprend d'autre part deux communes politiques, Riehen et Bettingen, dont les compétences sont réglées par la loi cantonale sur les communes [26]. Envisageons le cas d'une décision des autorités cantonales relative à une affaire intéressant exclusivement la ville de Bâle et qui serait soumise à votation populaire : c'est le corps électoral cantonal [27], soit l'ensemble des citoyens du canton, qui tranchera une question concernant en réalité une collectivité moins large, celle formée par les habitants de la ville. Ces derniers, ainsi que toute personne venant s'ins-

---

[23] Dans le même sens : Jagmetti, p. 287 ; Bütikofer, p. 36 ; Geiger, p. 92. Cf. également l'article de Rainer Schweizer, *Rechtssetzungsprobleme des Bundes im Hinblick auf den Vollzug durch die Kantone*, in *Zbl.* 1977, p. 1 ss (notamment p. 11 ss).

[24] La seule décentralisation politique instituée par la Const. étant bien entendu la division en cantons et demi-cantons.

[25] Art. 21 Const. BS, qui prévoit toutefois la possibilité de recréer une collectivité politique pour la ville de Bâle (al. 2).

[26] Art. 4 ss, LC BS.

[27] Art. 2, al. 2, LC BS.

taller à Bâle, sont donc privés de leur appartenance à une communauté politique locale, sans pour autant qu'on ait vu là une violation de la Constitution fédérale [28].

En conclusion, au regard du droit fédéral, les communes peuvent ne pas exister. Si certaines dispositions constitutionnelles fédérales se réfèrent aux communes, tout comme si celles-ci devaient nécessairement exister, cela s'explique par le fait que, depuis la création de la Confédération, l'ensemble des cantons reconnaît en fait et en droit l'existence de collectivités locales. En revanche, les variations considérables que l'on observe quant à l'objet et l'étendue des compétences communales dans les différents cantons [29] conduisent précisément à exclure l'existence d'une notion fédérale de la décentralisation par les communes. A l'extrême, un canton pourrait fort bien renoncer à toute forme d'organisation communale, moyennant révision de sa constitution bien entendu [30]. Plus concrètement, il lui serait loisible, en observant la même procédure, de remplacer les communes par des régions.

Ajoutons enfin que c'est à l'occasion d'arrêts récents seulement que le Tribunal fédéral s'est clairement exprimé sur la question de savoir si le principe d'une organisation communale autonome relève du droit constitutionnel fédéral ou cantonal. Certes avait-il déjà déclaré au passage que la garantie de l'existence des communes avait le caractère d'un droit constitutionnel cantonal [31]. Mais l'affirmation selon laquelle l'autonomie communale est une institution du droit cantonal et n'est donc pas prévue dans la Constitution fédérale, n'a été expressément formulée dans la jurisprudence qu'au moment où il s'est agi d'examiner dans quelle mesure les communes pouvaient être autonomes dans un domaine faisant l'objet d'une législation *fédérale,* en l'occurrence la protection des eaux [32].

---

[28] Les conflits virtuels avec les autres communes ne sont pas seulement théoriques : que l'on songe à l'aménagement du territoire de la ville, qui pourrait être arbitré par les deux autres communes.

[29] Cf. ci-avant p. 50 ss et 65 ss.

[30] Cf. l'exemple du demi-canton de Bâle-Ville précité. On ne voit pas en quoi cette révision aurait une influence sur le contenu de la Const. fédérale.

[31] *Zbl.* 1971, p. 428, arrêt « commune de Höri ».

[32] ATF 100 I a), p. 274 « commune de Parpan », ATF 100 I a), p. 283 « commune de Lens » (cons. 4 b).

Section II

Les communes dans la législation fédérale

Plutôt que dans la Constitution, c'est dans la législation fédérale que l'on trouve de fréquentes références aux communes. Il n'y a pas lieu de s'en étonner : suivant en cela le constituant, le législateur fédéral est parti de la constatation de fait que tous les cantons ont une organisation communale et il en a tiré un certain parti.

Le rapport qui s'est ainsi créé entre la Confédération et les communes n'a toutefois pas la même *nature* d'une loi fédérale à une autre, sans pour autant qu'une différence apparaisse toujours nettement dans les textes. Lorsqu'il entend recourir à la notion de commune, le droit fédéral se sert en effet de formulations diverses, souvent imprécises, voire même ambiguës, comme on le verra dans la classification qui suit.

1. *Les catégories de lois fédérales selon le lien créé entre Confédération et communes*

On peut répartir les dispositions fédérales mentionnant les communes en trois catégories, selon qu'elles ne créent pas un lien réel entre Confédération et communes, que ce lien apparaît au contraire comme nécessaire, ou simplement facultatif.

a) *Absence d'un lien réel*

Lorsqu'une loi fédérale requiert des solutions différenciées selon le lieu de son application, le législateur peut se référer pour ce faire à une division géographique existante, notamment la division du territoire cantonal en communes. C'est par exemple le cas de l'arrêté du Conseil fédéral pris en application de la législation sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger [33], dont les annexes mentionnent quatre catégories de communes situées dans des lieux à vocation touristique selon que les achats

[33] AF des 23 mars 1961 / 21 décembre 1973 (acquisition d'immeubles dans des lieux à vocation touristique) (RS 211. 412.41 et 413).

d'immeubles par des étrangers doivent y être facilités ou au contraire faire l'objet de mesures de blocage. On trouve des énumérations semblables dans la réglementation fédérale instituant des mesures conjoncturelles dans le secteur de la construction [34], ainsi que dans le domaine des baux à loyer [35].

Dans les cas que nous venons de citer, le droit fédéral recourt à une notion purement *territoriale* de la commune, sans rapport avec celle de collectivité publique. Aucun lien particulier ne se crée donc entre la Confédération et les communes sur le plan du droit public. Cela est d'autant plus vrai que lorsque le législateur fédéral fait ainsi appel à la notion de commune en tant que *secteur géographique,* il est fréquent que le territoire de l'une ou de l'autre des communes mentionnées soit découpé en deux, voire plusieurs fractions — des quartiers par exemple, auxquelles des principes juridiques différents sont applicables [36].

b) *Lien apparaissant comme nécessaire*

Dans d'autres textes en revanche, les communes apparaissent comme des organes *nécessaires* à l'exécution de tâches fédérales. L'exemple le plus couramment cité, qui est aussi l'un des plus anciens, est celui de la loi fédérale du 12 avril 1907 sur l'*organisation militaire* [37], dont les articles 30 et 31 imposent directement aux communes diverses prestations en faveur de l'armée telles que la subsistance et les cantonnements de la troupe, ainsi que la fourniture de divers locaux et places d'exercice.

On mentionnera d'autre part les divers recensements périodiques que la législation fédérale met directement à la charge des communes [38], ainsi que certaines prescriptions qui leur sont adressées directement en matière de contrôle des habitants [39] et d'organisation des votations et élections fédéra-

---

[34] Ainsi l'ordonnance du Département fédéral de l'économie publique du 6 février 1974, désignant les communes exclues du champ d'application des interdictions de démolir ou de construire, ordonnance abrogée depuis (cf. RO 1974, p. 464).

[35] AF du 30 juin 1972 instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (RS 221.213.1) et l'ordonnance d'exécution du 10 juillet 1972 (RS 221.213.11).

[36] Ainsi, pour l'acquisition d'immeubles par des étrangers (cf. note 33) à VD : Ouchy (commune de Lausanne), les Pléiades (commune de Blonay), ou VS : Morgins (commune de Troistorrents).

[37] RS 510.10.

[38] Cf. par exemple l'ordonnance fédérale sur le recensement des entreprises du 19 février 1975 (RS 431.901.1), fondée sur la LF sur les relevés officiels statistiques, du 23 juillet 1870 (RS 431.901), cette dernière ne citant d'ailleurs pas les communes.

[39] Cf. la LF sur le séjour et l'établissement des étrangers, du 26 mars 1931, art. 2, al. 2 (RS 142.20), ainsi que l'ordonnance fédérale sur le registre central des étrangers, du 25 septembre 1975, art. 1, 3 et 5 (RS 142.215).

les [40]. Ou encore, la loi fédérale du 20 mars 1959 sur l'approvisionnement en blé, qui habilite la Confédération à requérir la collaboration des communes [41].

Un autre exemple bien connu est celui de la *protection civile :* la loi fédérale du 13 mars 1962 [42], à son article 10, va jusqu'à déclarer que les communes en sont les « principales responsables ». L'exécution des mesures édictées en ce domaine par la Confédération constitue sans nul doute une tâche importante. Cette attribution directe aux communes est toutefois atténuée par l'article 9 de la même loi, qui prévoit que les cantons prennent au besoin eux-mêmes les mesures nécessaires et qu'ils sont libres au surplus de déterminer le partage des attributions entre l'office cantonal de la protection civile et les communes. Considérée sous cet angle, on le voit, la délégation directe aux communes n'est plus aussi évidente [43].

Sous une forme quelque peu différente, la législation fédérale sur le commerce des *denrées alimentaires* prévoit, parmi d'autres autorités sanitaires locales, la création obligatoire dans chaque commune d'un inspectorat des viandes [44]. A notre avis, on peut parfaitement interpréter cette prescription dans le sens que le contrôle des viandes doit être assuré par des agents cantonaux déconcentrés qui soient aussi proches que possible du lieu où se pratique l'abattage ou l'importation des viandes. La notion de commune n'intervient donc que comme référence territoriale et rien n'indique que ces inspecteurs doivent être des fonctionnaires communaux.

Toutefois, dans le même domaine, l'ordonnance fédérale sur le contrôle des viandes [45] fait appel à une notion différente de la commune, en disposant que les abattoirs publics sont exploités par les communes et que leur organisation, ainsi que l'ensemble des taxes locales en matière d'inspection des viandes, font l'objet d'un règlement communal, soit de normes édictées par

---

[40] Voir par exemple la LF sur les élections et votations fédérales, du 19 juillet 1872, art. 5 (RS 161.1), ainsi que la législation publiée au RS 162 et 163.

[41] Art. 43 (RS 916.111.0).

[42] (RS 520.1). Cf. également la LF sur les constructions de protection civile, du 4 octobre 1963 (RS 520.2).

[43] Contra : MATTER, p. 78, pour lequel cette loi tend à limiter, en faveur du citoyen, les compétences cantonales.

[44] LF sur le commerce des denrées alimentaires, du 8 décembre 1905, art. 7 et 8 (RS 817.0) ; ordonnance fédérale sur le contrôle des viandes, du 11 octobre 1957, art. 15 ss (RS 817.191) (art. 16 : un inspecteur des viandes doit être « organisé » dans chaque commune).

[45] Art. 44 (« Abattoirs publics ») de l'ordonnance précitée. Cf. à ce propos une décision du Conseil fédéral, *JAAC,* 1957, N° 119, qui parle même d'autonomie communale conférée par le droit fédéral (p. 256) pour décréter l'obligation de tuer dans un abattoir.

la commune sur la base de son pouvoir de puissance publique. Cet exemple, tout comme celui offert par la législation sur les assurances sociales [46], lorsqu'elle prévoit la création obligatoire d'agences communales, montre qu'il est souvent malaisé de déterminer si c'est bien la commune en sa qualité de *collectivité publique* qui est visée par le texte fédéral.

Outre ces divers devoirs incombant aux communes de par le droit fédéral, il convient de mentionner les *droits* que celui-ci leur confère directement, notamment celui d'être entendues, par exemple lors de la construction de routes nationales pour les communes touchées par le projet [47], ou celui d'être parties dans un procès civil, comme c'est le cas pour la commune d'origine en matière de filiation [48].

Rappelons enfin qu'au cours des deux guerres mondiales, le Conseil fédéral a usé de ses pleins pouvoirs pour imposer aux communes de nombreuses tâches administratives en matière d'économie de guerre et d'aide sociale, et leur faire d'autre part supporter directement une partie des charges qui en découlaient [49]. Les circonstances étaient cependant exceptionnelles, puisque le gouvernement était en droit de déroger à la Constitution fédérale.

c) *Lien apparaissant comme facultatif*

Il y a enfin les dispositions de droit fédéral, sans doute les plus nombreuses, qui se contentent de prévoir que les cantons ont la *faculté* de déléguer à leur tour aux communes les compétences qu'ils ont reçues de la Confédération. Les formules employées à cet égard par le législateur sont variables et parfois peu claires. Certains textes parlent de mesures à prendre par les cantons « avec le concours des communes » [50], si bien que l'on peut se demander si le recours aux communes n'apparaît pas encore comme obligatoire. D'autres au contraire réservent en principe l'application du droit fédéral aux cantons, tout en admettant par ailleurs, plus ou moins explicite-

[46] LF sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946, art. 65, al. 2 (RS 831.10) ; cf. en outre l'art. 11, al. 2 de la même loi, selon lequel les cantons peuvent faire participer les communes de domicile au paiement des cotisations qui ont été remises.

[47] LF sur les routes nationales, du 8 mars 1960 (RS 725.11), art. 19, al. 1. D'autres dispositions sont moins nettes, ainsi l'art. 18, al. 2 LF sur les chemins de fer du 20 décembre 1957 (RS 742.101) qui déclare simplement qu'« il appartient aux cantons de consulter les communes » sur les projets d'installations ferroviaires.

[48] CCS, art. 256, al. 2 ; 262, al. 1 ; 306 et 312, al. 2.

[49] Cf. GEIGER, p. 128.

[50] Ainsi l'ACF sur le ravitaillement en pain du 12 mars 1973, art. 9 à 11 (RS 531.111.11).

ment, que certaines tâches particulières soient assumées par les communes dans le domaine considéré [51].

Plusieurs lois fédérales importantes autorisent ainsi les cantons à confier aux communes tout ou partie des compétences qui leur sont déléguées : par exemple la loi du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents [52], la loi du 19 décembre 1958 sur la circulation routière [53], ou la loi du 8 octobre 1971 sur la protection des eaux contre la pollution [54] [55].

On relève toutefois dans certains textes ou projets fédéraux récents une tendance à *exclure* la délégation de certaines compétences aux communes, par exemple pour certaines tâches de protection des eaux [56] ou pour l'établissement de plans directeurs en matière d'aménagement du territoire [57].

Il faudrait sans doute distinguer, parmi ces diverses relations entre Confédération et communes, entre celles qui impliquent une déconcentration et celles qui supposent au contraire une décentralisation. On pourrait également distinguer les dispositions fédérales qui délèguent aux communes un pouvoir

---

[51] Ainsi en matière de protection des eaux, cf. ci-après notes 54 et 56. Cf. en outre la formule utilisée à l'art. 22, al. 1 de la LF sur la préparation de la défense nationale économique, du 30 septembre 1975 (RS 531.01) : « Le Conseil fédéral peut confier des tâches aux cantons, qui, à leur tour, peuvent faire appel au concours des communes. »

[52] (RS 832.01) ; cf. son art. 2, al. 2, qui autorise les cantons à céder leurs compétences aux communes, notamment la faculté de décréter une obligation d'assurance (art. 2, al. 2, litt. a) et de créer des caisses publiques (art. 2, al. 2, litt. b).

[53] (RS 741.01) ; art. 3, al. 2 : Les cantons peuvent déléguer aux communes leur compétence de réglementer la circulation, sous réserve de recours à une autorité cantonale.

[54] (RS 814.20) (LPEP) ; cf. l'art. 17, al. 2 : Le canton charge les communes de la construction et de l'exploitation des installations d'évacuation et d'épuration des eaux usées.

[55] Cf. également le projet de LF sur l'aménagement du territoire, du 4 octobre 1974 (FF 1974 II p. 816 ss), rejeté en votation populaire le 13 juin 1976 : Il prévoyait que les plans d'affectation seraient établis par les autorités compétentes selon le droit cantonal (art. 25, al. 1), ainsi qu'une obligation d'équiper les zones à bâtir à charge des collectivités compétentes selon le droit cantonal (art. 28, al. 1) ; cela donnait ainsi aux cantons la faculté de confier ces tâches aux communes ; celles-ci se voyaient par ailleurs expressément reconnaitre un droit de recours sur le plan fédéral (art. 61, al. 1).

[56] Cf. la LPEP qui prévoit parmi les tâches des cantons la création d'un service technique (art. 5, al. 3) ; obligation dont on ne conçoit pas qu'elle puisse être transférée aux communes. Dans le même sens : MEYLAN, in *Le Fédéralisme réexaminé*, p. 882.

[57] Cf. les art. 5 ss du projet précité (note 55), qui plaçaient implicitement dans la seule compétence cantonale l'établissement des plans directeurs, et l'art. 30, al. 1, qui ne donnait force obligatoire aux plans d'affectation — qui pouvaient être communaux — qu'après leur approbation en *opportunité* par le canton.

réglementaire de celles qui ne leur attribuent qu'une simple activité d'exécution [58]. De même, s'agissant de la surveillance exercée par la Confédération sur les communes lorsque celles-ci accomplisssent des tâches fédérales, on peut voir une différence selon que l'autorité fédérale peut adresser directement des injonctions ou des instructions à la commune [59], qu'elle se contente d'approuver certaines décisions communales [60], ou qu'elle s'en remette aux cantons pour l'exercice de la surveillance [61].

Nous pensons toutefois que ces distinctions n'ont qu'un intérêt secondaire, l'important étant de savoir ce que la Confédération a le droit de prescrire et ce qui lui est au contraire interdit, lorsqu'elle délègue des compétences aux cantons.

2. *Le contenu possible des dispositions fédérales sur les communes*

Lorsqu'elle exprime clairement son intention, la Confédération peut sans nul doute exclure toute délégation par le canton d'une compétence qu'elle lui confie [62]. C'est notamment l'opinion du Tribunal fédéral, qui exige cepen-

---

[58] Cf. les exemples de réglementation communale prévue par le droit fédéral en matière de contrôle des viandes (note 45 ci-avant), d'assurance-maladie (note 52), de circulation routière (note 53), les deux derniers cas étant en tout état de cause facultatifs.

[59] Par exemple, en matière de protection civile, pour ce qui concerne l'alarme, ainsi que l'entretien et l'administration des installations et dispositifs communaux (art. 7 à 18 et 108, ordonnance sur la protection civile du 24 mars 1964, RS 520.11). En matière militaire, pour les cantonnements (arrêté de l'Assemblée fédérale concernant l'administration de l'armée, du 30 mars 1949, art. 33, al. 2, RS 510.30), mais non pour l'aménagement et l'utilisation des stands de tir (les autorités cantonales sont compétentes, l'expert fédéral ne donnant qu'un avis : art. 26 et 32, ordonnance sur le tir hors service, du 29 novembre 1935, RS 512.31). Ou encore les directives du Bureau fédéral de statistique. Cf. d'autres exemples chez SIGG, p. 38 s.

[60] Ainsi les dispositions éventuellement prises par les communes dans le domaine de l'assurance maladie (art. 2, al. 3, LF citée note 52). De même les activités communales subventionnées par la Confédération (par exemple les projets communaux d'épuration des eaux, art. 48 ss, ordonnance générale sur la protection des eaux, du 19 juin 1972, RS 814.201). Cf. également ATF 97 I p. 194 ss « Vigier AG » (règlement communal sur les émoluments de mensurations cadastrales).

[61] Pour l'organisation et l'exécution de la protection civile, art. 9, al. 1 cité p. 105 ci-avant, sous réserve des questions mentionnées note 59 ci-avant. De même pour l'épuration des eaux (art. 17, al. 2 cité note 54 ci-avant), mais cf. le contrôle que peut exercer la Confédération par le biais du subventionnement (voir note précédente).

[62] En réalité, l'exclusion sera rarement expresse, mais elle se déduira de la comparaison avec d'autres dispositions ou de la nature des choses, notamment si la légis-

dant une disposition expresse lorsque le canton bénéficie d'un pouvoir d'appréciation dans l'exécution de la tâche considérée [63]. Il faut à l'inverse admettre, toujours sous réserve de prescriptions claires, que la loi fédérale implique qu'elle soit nécessairement appliquée par des organes *déconcentrés*. Certaines lois fédérales ne s'en font pas faute, qui prévoient de manière plus ou moins détaillée une organisation administrative localement déconcentrée, dont le fonctionnement incombe aux cantons [64]. En revanche, la question de savoir si le droit fédéral peut prescrire telle ou telle forme de *décentralisation* cantonale, pour l'exécution d'une tâche fédérale, est très délicate et nous l'examinerons plus loin. On n'en trouve guère d'exemples évidents dans le droit positif, s'agissant de la décentralisation territoriale tout au moins [65].

Généralement, les cantons n'ont certes pas une entière liberté de s'organiser lorsqu'ils exécutent la législation fédérale. Il n'est toutefois pas exceptionnel qu'ils conservent la faculté de concéder ou non à leurs communes une certaine marge de pouvoir de décision dans l'exécution d'une tâche fédérale, ce dans la mesure où rien ne s'y oppose dans les dispositions fédérales [66]. Il reste à savoir si cette attribution de compétences aux communes peut être *imposée* aux cantons.

Reprenant une distinction qui a souvent été faite [67], nous avons exposé séparément les cas où le droit fédéral semble attribuer obligatoirement des tâches aux communes, et ceux où cette attribution apparaît comme *facultative*, cette dernière hypothèse étant la plus fréquente. Il est certain que le second procédé apparaît comme plus respectueux de l'autonomie cantonale. Au sujet du premier, on peut se demander si le lien apparemment direct que

---

lation fédérale prévoit une autorité cantonale unique. Cf. les exemples cités plus haut, notes 56 et 57. De même la compétence de répartir le territoire cantonal en zones d'entreposage des carburants (de par la nature des choses) : *JAAC*, 1974, N° 105 (p. 80) (décision du Conseil fédéral).

[63] ATF 100 I a) p. 283 s. « commune de Lens » (cons. 4 b).

[64] Ainsi pour la tenue du registre foncier (art. 951 ss CCS) ou les offices d'état civil (art. 3, ordonnance sur l'état civil, du 1er juin 1953, RS 211.112.1). De même les agences communales AVS (cf. note 46 ci-avant) et l'inspectorat communal des viandes (note 45 ci-avant).

[65] Cf. les exemples donnés sous litt. b), p. 104 ss ci-avant. A notre sens, la réglementation communale des abattoirs publics prévue par la législation fédérale pourrait fort bien être remplacée par une réglementation cantonale. En revanche, les caisses de compensation cantonales AVS, qui doivent avoir légalement le caractère d'un établissement autonome de droit public, sont l'exemple d'une décentralisation par services imposée aux cantons (art. 61, LF sur l'AVS du 20 décembre 1946).

[66] Ce que le TF admet logiquement sur la base de sa nouvelle définition de l'autonomie. Cf. l'arrêt « commune de Lens » précité (note 63).

[67] Cf. SIGG, p. 38 ss (avec de nombreux exemples) ; MEYLAN, *op. cit.*, note 56 ci-avant ; GRISEL, p. 135 ; JAGMETTI, p. 288.

la loi établit ainsi entre la Confédération et les communes est admissible au regard du rapport de droit constitutionnel entre l'Etat fédéral et les cantons en matière de partage des compétences ; ou encore si la seule procédure possible ne consisterait pas à contraindre la Confédération à passer par la « voie de service », soit par l'intermédiaire des cantons, pour confier à des collectivités publiques locales telles les communes l'exécution de tâches fédérales [68].

Nous avons montré [69] que la Constitution fédérale ne donne pas à la Confédération le droit d'exiger des cantons qu'ils instituent des collectivités locales décentralisées. Le législateur fédéral ne saurait s'arroger malgré tout ce droit sous le prétexte qu'il s'agit d'accomplir une tâche fédérale précise. Si l'on peut à la rigueur lui reconnaître la possibilité d'exiger que les organes chargés d'assumer une tâche pour le compte de la Confédération soient non pas simplement déconcentrés au niveau local mais véritablement décentralisés à l'intérieur des cantons, il ne peut alors s'agir que d'un minimum de décentralisation territoriale, n'impliquant nullement la création de véritables collectivités publiques locales. Autrement dit, la loi fédérale peut éventuellement imposer une décentralisation administrative, c'est-à-dire ordinaire, mais en aucun cas une décentralisation politique des cantons [70].

Lorsque la législation fédérale paraît contenir des prescriptions impératives au sujet des communes — ce qui est plutôt rare, il convient donc de l'interpréter dans le sens que tout canton qui possède une organisation communale a l'obligation d'y recourir dans l'exécution de la tâche fédérale qui lui est déléguée en l'occurrence, tout au moins s'il n'entend pas créer d'autres organismes décentralisés pour cette tâche précise, voire s'il n'est pas en mesure de l'exécuter lui-même à satisfaction d'une autre manière.

Juridiquement, cela signifie que le droit fédéral ne peut conférer aux communes un droit de l'exécuter avec une certaine autonomie [71]. Pratique-

---

[68] Dans le même sens, SCHWEIZER, *op. cit.*, note 23 ci-avant (p. 12 s.). Cf. également les « Recommandations concernant la législation fédérale », du 17 septembre 1976, publiées par la Conférence suisse des chanceliers d'Etat, in *Zbl.* 1977, p. 22 ss (ch. 13 notamment).

[69] Cf. ci-avant, p. 99 s.

[70] Selon nous, pour l'exécution du droit fédéral par les cantons (y compris lorsqu'elle leur est réservée par la Constitution fédérale sans autre prescription), le législateur fédéral peut prescrire des règles sur les autorités compétentes, de même que sur la procédure, aussi strictes que la bonne exécution du droit fédéral l'exige ; cela ne saurait toutefois aller jusqu'à l'exigence d'une décentralisation politique. Cf. sur la constitutionnalité des lois fédérales à cet égard in A. KÖLZ, *Vollzug des Bundesverwaltungsrecht und Behördenbeschwerde,* in *Zbl.* 1975, p. 372 s.

[71] En sens contraire, cf. la décision ancienne et isolée citée note 45 ci-avant. Sur la notion d'autonomie dans l'exécution du droit fédéral, cf. ATF « commune de Lens » précité (note 63), ainsi que ATF 100 I a) p. 274 ss « commune de Parpan ».

ment, cela revient à dire que les cantons sont généralement libres de reporter sur les communes le poids de telle ou telle activité résultant du droit fédéral, en leur laissant un pouvoir de décision plus ou moins étendu, mais qu'ils peuvent aussi les en décharger en reprenant la tâche à leur compte [72] ou en les assistant, financièrement par exemple, dans son accomplissement. D'ailleurs le droit positif n'offre guère d'exemple clair d'obligation faite aux cantons de se décentraliser territorialement pour l'exécution d'une tâche fédérale [73]. La définition même d'un échelon local de décentralisation demeurerait nécessairement vague, ne serait-ce qu'en considération des dimensions extrêmement variables du territoire communal d'un canton à l'autre ou à l'intérieur d'un même canton. Même la définition de l'échelon local de déconcentration, lorsque celle-ci est imposée pour l'exécution des tâches fédérales, n'est que rarement précisée par la loi [74].

Compte tenu des restrictions que nous avons faites, il n'y a donc pas lieu de voir dans certains textes du droit fédéral une violation de notre ordre constitutionnel. Nous ajouterons que les raisons pour lesquelles la Confédération recourt directement aux communes sont souvent pragmatiques : puisqu'il y a dans tous les cantons une organisation communale, le législateur fédéral a jugé plus simple et plus efficace d'opérer une délégation directe, s'agissant d'une activité exigeant à la fois une réglementation absolument uniforme sur le plan national et son exécution au niveau local, comme les statistiques ou l'alarme en cas d'attaque aérienne. Ces motifs revêtent en revanche un caractère politique prépondérant là où le droit fédéral confère aux communes le droit d'être entendues, ou encore leur impose certaines prestations, en faveur de la défense nationale par exemple, lesquelles constituent une lourde charge financière pour elles, notamment la protection civile.

3. *Autres relations entre la Confédération et les communes*

En dehors des tâches fédérales confiées aux communes, on peut encore mentionner d'autres relations que la Confédération entretient directement avec les communes. On citera en premier lieu les *conventions* que la Confédération peut passer directement avec une ou plusieurs communes, tout en précisant que ces accords reposent le plus souvent sur le droit privé, comme

[72] Contra : MATTER, p. 78 (pour la protection civile).

[73] Cf. ci-avant, p. 109, note 65.

[74] Par exemple pour le registre foncier et l'état civil. Cf. note 64 ci-avant.

c'est le cas de la convention qui a créé le parc national suisse sur le territoire de plusieurs communes grisonnes [75]. La législation fédérale offre d'autre part divers exemples de *subventions* fédérales, qui sont allouées directement aux communes [76].

Il y a enfin les *immunités* fédérales, qu'elles aient un caractère général ou qu'elles s'appliquent dans un cas d'espèce [77]. Nous pensons surtout aux exonérations fiscales en faveur de la Confédération [78], et à la possibilité pour certains services ou régies de la Confédération — par exemple l'administration militaire, les chemins de fer fédéraux ou l'entreprise des PTT — de déroger à la réglementation communale sur les constructions [79]. A vrai dire, le rapport que l'immunité fédérale crée entre l'activité fédérale qui en bénéficie et les compétences dont elle prive le cas échéant les communes est à cet égard le même qu'entre la Confédération et les cantons. On relèvera cependant que lorsque la Confédération n'est pas dispensée par la loi fédérale d'observer les règles de police cantonales et communales, la question d'une éventuelle immunité fédérale dans un cas déterminé doit être tranchée en mettant en balance l'intérêt de la Confédération d'une part et celui du canton ou de la commune d'autre part. Il ressort par exemple de la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière que les communes ne peuvent exiger de l'entreprise des PTT qu'elle sollicite un permis de construire pour installer des lignes téléphoniques, mais que pour l'édification de bâtiments par la même entreprise en revanche, elles sont en droit de faire respecter leur règlement de police des constructions, dans la mesure où l'application de celui-ci n'entrave pas à l'excès l'accomplissement de la tâche fédérale [80].

---

[75] Cf. FF 1959 I p. 1321 ss (sur le rôle de la commission administrative fédérale compétente, voir AUBERT, N° 901). Cf. également la convention entre le Conseil fédéral et la ville de Berne pour le siège fédéral (RS 112).

[76] Ainsi les subventions aux institutions d'aide aux invalides (art. 96 ss, règlement sur l'assurance invalidité, du 17 janvier 1961, RS 831.201). Cf. également ci-après p. 203, note 205.

[77] Cf. sur cette notion AUBERT, Nos 724-726.

[78] Ainsi l'exonération générale des impôts directs communaux pour les biens fédéraux directement affectés à un but fédéral ; l'exonération des impôts indirects communaux est expressément prévue pour les établissements militaires et les CFF par exemple. Cf. sur ces exonérations AUBERT, N° 724. Seul un texte exprès peut rétablir l'imposition communale : ainsi les droits de mutation communaux réservés à propos de la Banque Nationale (art. 12, al. 2, LF sur la Banque nationale suisse, du 23 décembre 1953, RS 951.11).

[79] AUBERT, Nos 724 (dispositions légales) et 726 (PTT).

[80] Lignes téléphoniques : ATF 97 I 524 ss « commune de Flims » ; constructions : ATF 92 I 205 ss « Burgy ».

Section III

D'un éventuel statut fédéral des communes

La plupart des auteurs admettent, nous l'avons vu, que l'autonomie communale est une notion de *droit cantonal* exclusivement, contenue explicitement ou implicitement dans l'ensemble des constitutions cantonales ; c'est également l'opinion du Tribunal fédéral [81]. En revanche, les avis divergent quant à la nécessité d'introduire un article sur les communes et leur autonomie dans la Constitution fédérale.

Quelques rares cantons, consultés lors des travaux préparatoires à une révision totale de la Constitution [82], se déclarent favorables à cette introduction. Ils citent notamment les exemples de la République fédérale d'Allemagne [83], et de l'Autriche [84], dont les constitutions contiennent une garantie de l'autonomie communale.

Plusieurs auteurs [85] ont critiqué cette comparaison avec les deux autres Etats fédéraux d'Europe occidentale. En effet, l'autonomie communale étant reconnue en Suisse par tous les cantons, il ne s'agit pas de la protéger contre ceux-ci. C'est au contraire le sens des articles constitutionnels allemand et autrichien : l'Etat central veut imposer un principe, ou programme, qui lie matériellement les Etats-membres. Dans notre pays, il s'agirait plutôt de lier, pour le contenu, le législateur fédéral.

Or un article constitutionnel fédéral sur les communes pourrait prendre trois formes : soit poser simplement le *principe* de l'autonomie communale,

---

[81] Cf. par exemple SIGG, p. 99 s., GEIGER, p. 131 s., MEYLAN, p. 89 s. Sur la jurisprudence, cf. ci-avant, p. 102.

[82] Groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale : « Réponses aux questions du groupe de travail », volume I, « cantons 1969-1970 », Berne 1971 » (réponse à la question 2.1.3). Ont répondu positivement : LU (p. 67 ss), SO (p. 96).

[83] Cf. la loi fondamentale (« Grundgesetz ») du 23 mai 1949, art. 28 : organisation démocratique communale (al. 1) et droit garanti aux communes de régler, sous leur propre responsabilité et dans le cadre de la loi, toutes les affaires relevant de la communauté locale (al. 2). Cf. à ce sujet H. NIEMEIER, *Bund und Gemeinden*, Berlin, 1972 (thèse de 1971) ; JAGMETTI, p. 282 ss. La constitution de Weimar, du 11 avril 1919, contenait également une garantie de l'autonomie communale, sans autre précision (art. 127).

[84] Constitution du 1er octobre 1920, art. 119 (qui rend obligatoire le principe de l'autonomie communale).

[85] Dont GEIGER, p. 129 s.

ce qui ne serait pas suffisant pour modifier le statut juridique de la commune dans la structure fédérale de notre pays [86], soit imposer ce principe comme *règle d'organisation* des cantons, soit enfin délimiter *matériellement* les compétences réservées aux communes — ce qui restreindrait considérablement les attributions cantonales dans ce domaine, puisqu'une bonne partie de la réglementation concernant les communes échapperait dès lors aux cantons. Aucune de ces trois formes ne nous paraît satisfaisante.

On nous objectera que l'article constitutionnel sous la forme d'un principe obligatoire représenterait une protection supplémentaire contre des empiétements de la part du canton, puisqu'il codifierait un principe constitutionnel applicable à l'organisation interne des cantons. On peut cependant douter que la protection des communes en soit accrue, car l'étendue de l'autonomie communale resterait l'affaire des cantons. Au reste, le Tribunal fédéral, qui tire cette garantie politique des constitutions cantonales en en faisant un principe constitutionnel non écrit, continuerait à trancher les recours formés par les communes en les examinant librement ou sous l'angle de l'arbitraire, selon qu'il s'agit de dispositions cantonales constitutionnelles ou légales [87].

Relevons que dans les réponses au questionnaire établi en vue d'une révision totale de la Constitution fédérale [88], la plupart des cantons — parmi lesquels tous les cantons romands — ont estimé que cette question devait être laissée à la seule appréciation des cantons [89] et que la protection judiciaire offerte par la voie du recours de droit public était largement suffisante. Un canton était même allé jusqu'à se demander s'il est légitime que la Confédération impose directement des obligations aux communes et proposait un article constitutionnel qui rappellerait le principe fondamental que la Confédération ne doit traiter avec les communes que par l'intermédiaire des cantons [90].

---

[86] Statut dont le fédéralisme fait qu'il est aménagé de manière très variable d'un canton à l'autre. Cf. ci-avant, p. 50 ss. Cf. également le « Rapport final » du groupe de travail WAHLEN, p. 289 s. C'est la solution choisie par le projet de Const., à son art. 40, al. 2, selon lequel les cantons « déterminent les tâches de leurs communes et le degré de l'autonomie communale » ; cela n'implique aucune obligation, car les cantons s'organisent librement (art. 40, al. 1 du projet).

[87] Cf. ci-après, p. 185 ss. Le projet de Const. prévoit par ailleurs une voie de recours constitutionnel formellement aménagée pour le contentieux de l'autonomie communale (art. 109, al. 1, litt. c).

[88] Cf. note 82 ci-avant.

[89] C'est d'ailleurs le cas de la forte majorité des rapports établis à l'occasion de cette consultation, cf. « Rapport final » précité (note 86), p. 290.

[90] Réponse de GE, p. 141 ss du volume cité note 82 ci-avant.

La question de la délimitation matérielle dans la Constitution fédérale de certaines compétences communales risque toutefois de se poser, dans la mesure où l'on envisage de réglementer dans la Constitution un système de péréquation financière englobant la Confédération, les cantons et les communes. En effet, si l'on aménage au niveau constitutionnel fédéral les compétences financières communales, cela reviendrait à soustraire au constituant ou au législateur cantonal l'un des éléments essentiels de l'autonomie communale, soit l'autonomie financière des communes. Le statut juridique de ces dernières en serait modifié dans une mesure non négligeable. On remarquera à ce propos que dans les réponses au questionnaire que nous avons cité, aucun canton n'a approuvé la proposition d'introduire une disposition garantissant des ressources financières suffisantes aux communes [91].

Le problème constitutionnel posé par l'introduction d'une disposition de droit fédéral sur l'autonomie communale nous paraît donc décisif si le contenu de cette disposition suppose un transfert de compétences à la Confédération, alors qu'il n'est que secondaire s'il s'agit purement d'énoncer un principe admis actuellement par tous les cantons [92]. Nous considérons pour notre part que le respect de l'autonomie cantonale passe par la liberté des cantons de se donner ou de conserver l'organisation interne qui leur convient.

Notre première partie était consacrée à l'étude de la place que la commune occupe dans l'Etat. Il reste à examiner les droits que la commune peut en tirer et la protection juridique dont elle peut bénéficier : ce sera l'objet de notre seconde partie.

---

[91] Cf. note 82 ci-avant ; réponse à la question 1.6.

[92] Le groupe de travail WAHLEN a au contraire estimé qu'il faudrait marquer dans une nouvelle Constitution fédérale la position et l'importance des communes, en s'inspirant de l'art. 28, al. 2 de la constitution de la République fédérale allemande (note 83 ci-avant), tout en laissant aux cantons le soin de les définir plus précisément (p. 290 et 344 du « Rapport final » précité, note 86). Cette opinion transparaît dans l'art 40, al. 1 et 2 du projet de Const., sans que cette règle d'organisation soit rendue obligatoire pour l'ensemble des cantons.

DEUXIÈME PARTIE

Autonomie communale et protection juridictionnelle des communes

CHAPITRE PREMIER

L'autonomie communale

Lorsque l'on parle des compétences communales, c'est essentiellement l'*autonomie communale* qui est citée, ainsi que sa *protection judiciaire*. Nous allons donc les examiner de plus près en leur consacrant l'essentiel de notre seconde partie.

Dans le présent chapitre, nous chercherons à définir l'autonomie communale (section I), puis à voir comment l'on délimite son champ d'application (section II), et à quelles compétences elle s'applique selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral (section III), avant de terminer par la portée qu'on lui reconnaît (section IV). On distingue en effet entre un *champ* de l'autonomie, qui délimite les domaines dans lesquels peuvent être exercées les compétences autonomes, et une *portée* de l'autonomie, qui détermine comment ces compétences peuvent être exercées. Quant à la question de savoir quand l'autonomie communale est violée par le canton, ainsi que celle de la protection juridictionnelle offerte aux communes, elles feront respectivement l'objet des chapitres II et III.

Section I

La notion d'autonomie

Pour nous, l'autonomie communale n'est qu'une forme parmi d'autres de l'autonomie des personnes publiques, par laquelle nous commencerons.

1. *La notion d'autonomie des personnes publiques*

Si l'on s'en tient au seul droit public [1], nous ne croyons pas que l'autonomie représente une notion définissable en soi. Comme d'autres notions du même genre, le fédéralisme ou le principe de subsidiarité par exemple, l'autonomie ne tient pas dans un cadre rigide, mais se définit bien plutôt relativement à des structures concrètes. Elle est en quelque sorte la *résultante d'une décentralisation donnée,* et son contenu variera selon les modalités et l'intensité de celle-ci. Ainsi, l'autonomie de tel établissement ou fondation publics sera différente de celle de telle collectivité publique. De même, la notion d'autonomie communale pourra changer d'un pays à l'autre, ou selon que la commune est décentralisée politiquement ou administrativement seulement. En tous les cas, il nous paraît faux de voir dans l'autonomie un dogme juridique.

2. *Définition de l'autonomie communale*

On trouve diverses définitions dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui ont varié selon l'évolution de celle-ci. Citons ici l'une des plus récentes : « Il y a autonomie communale non seulement lorsque la commune agit dans un domaine qui lui est exclusivement réservé, mais également dès qu'une liberté de décision relativement importante lui est laissée dans l'accomplissement de tâches d'intérêt public, et cela sans égard à l'étendue du pouvoir de contrôle qu'une autorité étatique peut exercer » (arrêt commune de Vil-

[1] Cf. GEIGER, p. 1 à 7, qui compare avec l'autonomie du droit privé.

lars-sur-Glâne) [2]. Nous analyserons plus loin [3] cette définition et son application. Certains textes cantonaux donnent également une définition, plutôt vague, de l'autonomie des communes [4]. Quant à la doctrine, elle est émaillée de définitions de l'autonomie qui peuvent différer considérablement et que nous ne recenserons pas ici [5].

Quelques constatations s'imposent toutefois. En premier lieu, ces définitions mettent souvent en avant le ou les critères choisis pour distinguer la décentralisation de la déconcentration [6], ou insistent sur tel élément jugé plus important, par exemple en présentant l'autonomie comme un droit [7]. Il y a d'autre part confusion, dans certaines définitions, avec la notion *politique* d'autonomie communale, dont on sait l'importance qu'on lui accorde dans notre pays, mais aussi le contenu très variable qu'on lui donne sous cet angle : cela ne va pas sans ambiguïté, comme pour la notion d'autoadministration à laquelle certains assimilent l'autonomie [8]. Enfin, il faut surtout retenir deux éléments communs à la plupart de ces définitions : l'indépendance relative reconnue aux communes et sa limitation à certaines affaires, soit la portée et le champ de l'autonomie. Ces deux éléments se retrouvent dans la jurisprudence du Tribunal fédéral [9] et sont traditionnellement mentionnés dans la doctrine [10].

---

[2] ATF 102 I a), p. 161.

[3] Cf. ci-après, p. 129 ss.

[4] Le plus souvent en liaison avec la notion de tâches propres, vague elle aussi. Cf. ci-avant, p. 60 ss, p. 64 et p. 75 ; les textes en langue allemande parlent généralement de « Selbständigkeit » (cf. p. 60 précitée, note 97). Cf. en outre MEYLAN, p. 50, note 5.

[5] Cf. MEYLAN, p. 49 à 51, qui en fait un résumé.

[6] Du moins dans la doctrine. Ainsi les auteurs qui considèrent comme caractéristique l'attribution d'un rayon d'action propre à côté des tâches déléguées, ou encore la portée du contrôle de l'Etat. Cf. ci-après p. 123 ss.

[7] Ainsi GEIGER, p. 15 ss et 66 ss. Cf. également MEYLAN, p. 51, selon lequel la faculté pour la commune de faire prévaloir le cas échéant sa propre conception même contre l'Etat, est un élément essentiel.

[8] Cf. ci-avant, p. 31. Pour SIGG, p. 92 s., l'autonomie ne peut avoir qu'un sens politique. GEIGER, p. 66, assimile autonomie et « Selbstverwaltung » au sens juridique, mais en distingue le contenu politique de l'autonomie communale (p. 93 ss). A ce propos, BÜRGIN, p. 20, constate avec raison que l'idée politique de l'autonomie ne saurait faire une différence entre domaine propre et domaine délégué.

[9] Qui examine d'abord le champ, puis la portée de l'autonomie dans le droit cantonal en cause : cf. par exemple ATF 102 I a), p. 70 s. « commune de Bergün » (cons. 2), ATF 101 I a), p. 260 ss « commune de Taesch ».

[10] MEYLAN, p. 49 ; ZWAHLEN, p. 633 ; ZIMMERLI, p. 258 parmi d'autres. JAGMETTI, p. 316 ss, fait une distinction un peu différente (compétences communales / responsabilité des communes). Cf. en outre note 14 ci-après.

Pour notre part, nous dirons que l'autonomie des communes en droit suisse présente un double aspect : celui des compétences qui leur reviennent de par la *décentralisation politique* des cantons et celui des compétences qu'elles exercent en tant qu'éléments de la *décentralisation administrative*. Nous définirons donc l'autonomie communale comme l'usage par la commune de la puissance publique sous la forme d'un pouvoir de décision *décentralisé ;* ce pouvoir peut avoir un caractère *normatif* [11], il porte aussi bien sur des compétences *particulières* que sur des compétences *résiduelles* [12], et il est en outre assorti du droit de faire *protéger* à certaines conditions les intérêts publics qu'il poursuit. Comme l'ont bien vu certains auteurs [13], l'autonomie comprend d'une part le pouvoir de choisir, mais également celui de prendre certaines initiatives, sur la base de la compétence générale résiduelle de la commune.

Selon la distinction citée plus haut, l'autonomie communale pose deux ordres de problèmes : ceux relatifs à son champ d'application, que nous verrons dans les deux sections suivantes, et ceux relatifs à sa portée, dont nous traiterons dans notre quatrième section [14].

Section II

Le champ de l'autonomie communale

En définissant l'autonomie, on a très fréquemment cherché à en limiter les effets à certains domaines ou tâches, notamment dans le droit positif. Il n'est donc pas étonnant que la doctrine et la jurisprudence aient souvent recouru à la notion de *tâches propres* pour en faire le champ de l'autono-

---

[11] Cf. ci-avant, p. 52 ss.

[12] Cf. ci-avant, p. 63 s. ; à notre sens, les compétences particulières peuvent relever du domaine propre ou du domaine délégué (cf. ci-avant, p. 64 et p. 79).

[13] Buclin, p. 38 ; Meylan, p. 51 s.

[14] La question de savoir quand il y a violation de l'autonomie, que nous examinerons dans le chapitre suivant (p. 153 ss), ne doit pas être assimilée au seul problème de la portée (comme le font les auteurs cités note 10 ci-avant, sauf Meylan, p. 70 ss), même si les atteintes sont beaucoup plus fréquentes sous cet angle que sous celui du champ d'application.

mie [15], ou encore qu'elles aient repris pour délimiter celui-ci certains critères de distinction valables pour celles-là. Rappelons qu'à notre sens, la distinction entre tâches propres et tâches déléguées est malaisée à établir en pratique et qu'en outre le domaine propre relève de la seule décentralisation politique, en conséquence d'un seul aspect de l'autonomie communale [16].

1. *Le champ de l'autonomie selon la doctrine*

Nous retrouvons ici la plupart des critères utilisés pour définir les tâches propres des communes [17], raison pour laquelle nous passerons brièvement sur certains d'entre eux.

a) *Le champ dit « naturel » de l'autonomie*

Selon une opinion qui n'a plus cours, ou peu s'en faut [18], il y aurait des tâches ou des domaines qui seraient a priori réservés aux compétences autonomes. On a pu citer à ce propos les tâches historiques ou traditionnelles de la commune, ou encore les tâches qui seraient naturellement d'intérêt local. Cette conception doit être résolument écartée. C'est le droit positif seul qui délimite le champ de l'autonomie et ce sont les textes qu'il convient donc d'interroger.

b) *Les tâches historiques ou traditionnelles*

Ce critère a pour principal défaut, hors son imprécision [19], de ne pas rendre compte de l'évolution constante de l'activité publique. Si l'on considère des tâches apparues récemment comme la protection des eaux ou l'amé-

---

[15] Ainsi GIACOMETTI, p. 74 ss ; MATTER, p. 15 s. ; contra : GEIGER, p. 66 ss, ZWAHLEN, p. 635. Cf. sur ce point MEYLAN, p. 49 s. (avec citations note 5) et JAGMETTI, p. 331. Sur la jurisprudence, cf. ci-après p. 127 s.

[16] Cf. ci-avant, p. 79 s.

[17] Cf. ci-avant, p. 76 ss.

[18] Cf. à ce sujet MEYLAN, p. 53 s., qui parle de « conception matérielle » de l'autonomie. On retrouve là l'influence de la philosophie du droit naturel et du principe de subsidiarité (cf. ci-avant p. 74). Ceux qui prétendent aujourd'hui qu'il y a des tâches d'intérêt local, même prépondérant seulement, nous paraissent retomber dans la même conception (ainsi ZWAHLEN, p. 639 s.).

[19] Cf. ci-avant, p. 76.

nagement local du territoire, elles seraient exclues du champ de l'autonomie, alors même que les décisions que prennent les communes sur ces objets revêtent une grande importance politique au niveau local. Or, il ne nous paraît faire aucun doute que dans l'état de notre droit positif, les communes de la plupart des cantons exercent de véritables compétences décentralisées dans les domaines cités. A l'inverse, certaines tâches traditionnelles des communes, comme l'assistance publique, échappent aujourd'hui à la sphère de leurs compétences décentralisées.

Il arrive cependant que l'on fasse appel à ce critère pour déterminer certaines compétences résiduelles [20], mais ces cas semblent devoir rester exceptionnels.

c) *Le caractère local de la tâche*

On retrouve ce critère chez divers auteurs, en particulier lorsqu'il s'agit de définir la compétence générale résiduelle [21]. Dans la mesure où il n'est plus question de tâches qui ont a priori un intérêt local, l'idée contient une part de vérité. Elle figure d'ailleurs dans certains textes du droit cantonal [22]. Afin d'éviter de donner à ce critère un caractère trop restrictif — tant il est vrai que peu d'activités publiques ne présentent aucun intérêt général en même temps qu'un intérêt local, on lui a substitué celui de l'*intérêt local prédominant* [23]. Nous doutons cependant que l'on puisse en donner une définition satisfaisante.

Généralement, on cite trois conditions qui doivent être remplies pour qu'il y ait activité de caractère local : la tâche doit concerner des intérêts locaux prépondérants, s'approprier à une réglementation locale, et enfin pouvoir être maîtrisée par la commune tant au point de vue de ses moyens que de sa dimension politique [24]. Pour les deux premières conditions, on en voit immédiatement l'imprécision. Que signifie notamment l'appropriation à une réglementation locale ? Devant le silence des textes, qui est la règle, la réponse sera rarement évidente. Quant à la troisième condition selon

---

[20] Ainsi LIVER, p. 41 (qui utilise d'ailleurs ce critère pour les tâches propres). Jurisprudence récente : cf. ci-après p. 135, note 97 (ATF « commune de Küsnacht » par exemple).

[21] Cf. ci-avant, p. 77, en particulier note 187.

[22] Cf. ci-avant, p. 60 s. (en particulier note 99) et p. 75.

[23] Cf. ZWAHLEN, p. 639 s., qui admet cependant qu'il est vague et d'application malaisée et doit être apprécié autant sous l'angle politique que juridique.

[24] Cf. ZWAHLEN, *ibid.* ; JAGMETTI, p. 322-325 ; ATF 96 I, p. 381 « commune de Wil » (conception de l'autorité cantonale admise par le TF « im Ergebnis »).

laquelle la commune doit être à même de maîtriser la tâche, elle nous paraît poser une question différente : la commune ne saurait entreprendre une activité publique qu'elle n'est pas capable d'assumer, sous peine de se placer en contradiction avec l'ordre juridique, soit en commettant directement une illégalité [25], soit en mettant en péril son bon fonctionnement, portant par là atteinte à l'organisation interne du canton, ce qui est encore une illégalité à notre sens.

Dans certains cas toutefois, nous pensons que le critère du caractère local peut jouer un rôle subsidiaire. Lorsque la commune doit appliquer une notion juridique indéterminée du droit cantonal ou fédéral, il s'agira en effet de savoir si elle peut l'interpréter en tenant compte de circonstances locales [26]. De même lorsqu'il faudra déterminer l'appartenance d'un objet au domaine propre de la commune, pour savoir si cette dernière peut exercer un pouvoir normatif sans base légale particulière [27].

d) *La compétence exclusive*

Dans cette conception [28], le champ de l'autonomie se limite aux compétences que les communes exercent exclusivement. Or nous avons vu que de telles compétences sont très rarement instituées au niveau constitutionnel [29]. En outre, l'imbrication croissante des activités publiques de l'Etat et des communes fait que les lois cantonales instituant des compétences exclusivement réservées aux communes ne sont guère plus nombreuses. Tout au plus demeureraient dans le champ de l'autonomie les tâches assumées en vertu de compétences résiduelles.

Par ailleurs, la notion de compétence exclusive en tant que critère de l'autonomie demeure confuse [30]. L'Etat doit-il n'exercer aucune compétence dans le domaine considéré, ou aller jusqu'à n'exercer aucun contrôle, même de légalité, ce qui deviendrait invraisemblable ? Quoi qu'il en soit, ce critère doit être rejeté en raison de son caractère éminemment restrictif [31].

---

[25] Par exemple en chargeant exagérément ses contribuables, créant par là une inégalité de traitement, ou encore en n'accomplissant pas ou mal la tâche entreprise, se mettant ainsi en contradiction avec l'intérêt public. Cf. ci-avant, p. 77.

[26] Cf. ci-après, p. 142 s.

[27] Cf. ci-après, p. 134 s.

[28] Elle a rarement été soutenue par doctrine (cf. toutefois MATTER, p. 16), mais on la trouve dans la jurisprudence, cf. ci-après p. 129. Voir la critique qu'en a faite MEYLAN, p. 56 s.

[29] Cf. ci-avant, p. 64.

[30] Cf. MEYLAN, p. 56 s.

[31] Dans le même sens, MOOR, p. 1643 ; ZWAHLEN, p. 636 s.

e) *L'absence d'un contrôle de l'appréciation* [32]

Jusqu'à une époque récente, c'était le critère le plus couramment cité par la doctrine [33]. Celle-ci avait d'abord simplement parlé de l'absence d'un contrôle de l'appréciation pour définir le champ de l'autonomie. Des reproches sévères furent adressés à cette théorie par M. Liver [34], qui relevait notamment son manque de réalisme, dans la mesure où c'est précisément lorsque la commune n'a pas de pouvoir d'appréciation que l'Etat peut se contenter de limiter son contrôle à la légalité [35]. Le critère sous sa première forme a alors été complété par celui de l'existence d'un pouvoir d'appréciation de la commune [36].

Ce critère classique apparaît plus juste que tous les précédents, sauf celui de la compétence exclusive [37], car il évite l'erreur de se fonder sur les caractéristiques de tâches ou de domaines déterminés, avec l'imprécision que cela implique [38]. Il présente en revanche de sérieux inconvénients : d'une part il est inutilisable lorsque l'on ne connaît pas précisément la portée du pouvoir de contrôle de l'Etat, ce qui est fréquent, et il est d'autre part trop restrictif, compte tenu du fait que l'Etat se réserve de plus en plus le droit de contrôler l'opportunité dans d'importants domaines de l'activité communale [39], ou qu'il

---

[32] On parle à ce propos de l'« Ermessenstheorie ». A vrai dire, l'appréciation ne comprend pas que des questions d'opportunité, mais également des questions de droit, s'agissant de certaines notions juridiques indéterminées (cf. ci-après, p. 139). Dans le même sens, ZWAHLEN, p. 643 (à propos de la portée de l'autonomie).

[33] Pour définir les tâches propres, lesquelles étaient assimilées au champ de l'autonomie. Cf. au sujet de cette théorie MEYLAN, p. 35 ss, 58 ss et la doctrine citée ; SIGG, p. 25 ss. Il faut toutefois prendre garde au fait que certains auteurs qui en sont partisans n'appliquent le critère qu'à la seule portée de l'autonomie, ainsi GIACOMETTI, p. 74 s. (cf. la remarque de ZWAHLEN, p. 637).

[34] Dans son article publié in *Zbl.*, 1949, p. 40 ss (article critiqué ensuite par GEIGER, p. 35 ss). Cf. également SIGG, p. 31 ss.

[35] *Op. cit.*, p. 44 ss. GEIGER, p. 37, remarque avec raison que dans certains cas, le contrôle n'est pas « limité » à la légalité, mais que tout autre contrôle est exclu. En outre, LIVER a interprété à tort l'opinion de GIACOMETTI (cf. note 33 ci-avant).

[36] Il y a alors deux conditions cumulatives, comme le relève MEYLAN, p. 36 s. C'est surtout la jurisprudence qui a eu recours à ce double critère, cf. ci-après, p. 129.

[37] Dans la mesure où ce dernier s'applique aux modalités de l'exercice des compétences, ce qui n'est pas évident dans la jurisprudence du TF. Cf. MEYLAN, p. 56 s.

[38] Dans le même sens, MOOR, p. 1643.

[39] C'est notamment le cas en matière d'aménagement du territoire (cf. par exemple ATF 102 I a), p. 169 « commune de Wollerau » (SZ) et les arrêts cités ci-après note 91 à propos du droit valaisan) ; le projet de loi fédérale du 4 octobre 1974, rejeté par le peuple, prévoyait expressément l'obligation des cantons d'instituer un tel contrôle (art. 30, al. 1 ; texte publié *in* FF 1974 II, p. 816 ss).

institue plus ou moins expressément un contrôle limité de l'opportunité lorsque certaines conditions sont remplies [40].

f) *La doctrine récente*

Les critères que nous avons passés en revue ont suscité des critiques de plus en plus nombreuses, bien que fort divergentes [41], essentiellement à propos des restrictions croissantes qu'ils apportaient au champ de l'autonomie et de leur inadaptation à l'évolution politique et sociale. Ces critiques sont à l'origine du revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal fédéral en 1967 à l'occasion de l'arrêt commune de Volketswil [42]. Le critère retenu depuis lors par le Tribunal fédéral — celui de la marge relativement importante de pouvoir de décision — a permis une définition beaucoup plus large du champ de l'autonomie. Cette jurisprudence a été généralement approuvée et reprise par la plupart des auteurs récents [43]. Nous l'exposerons au chiffre suivant, après avoir brièvement retracé l'évolution de la jurisprudence fédérale.

2. *Le champ de l'autonomie dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*

Cette jurisprudence est très abondante et remonte presque à la création de notre Cour suprême, puisqu'au siècle dernier déjà, le Tribunal fédéral avait été saisi de litiges relatifs à l'existence, puis à l'autonomie des communes [44]. Il est de fait qu'en ce qui concerne tant le champ que la portée de l'autonomie [45], la jurisprudence du Tribunal fédéral a connu plusieurs étapes dans son évolution, avec des retours en arrière, pour aboutir à son état actuel dont on peut dire qu'il est relativement stable depuis près d'une dizaine d'années.

---

[40] Cf. ci-après, p. 150 ss.

[41] Le TF mentionnait parfois ces critiques : cf. ZWAHLEN, p. 637 s. Voir en outre ZIMMERLI, p. 260. HUBER, p. 339, avait à l'époque parlé d'un droit constitutionnel sous-développé à propos de l'autonomie.

[42] ATF 93 I, p. 154 ss (plus particulièrement p. 158 ss).

[43] ZWAHLEN, p. 633, GRISEL, p. 139. JAGMETTI, p. 332, va plus loin en proposant de supprimer la notion de champ de l'autonomie.

[44] Soit dès l'aménagement du recours de droit public tel que conçu par la Const. fédérale de 1874 ; cf. ATF 1, p. 317 ss (existence) ; ATF 2, p. 248 et 458 (autonomie).

[45] Sur l'évolution de la jurisprudence sous ces deux angles, cf. ZWAHLEN, p. 633 ss et p. 640 ss, qui en traite séparément et de manière fouillée.

a) *L'ancienne jurisprudence*

Pendant longtemps, le Tribunal fédéral a examiné les litiges qui lui étaient soumis en définissant de cas en cas le champ de l'autonomie, sur la base du droit cantonal mis en cause. On ne saurait dire qu'un critère bien précis se soit dégagé pendant cette première période [46]. On trouve en revanche depuis le début du siècle des allusions à l'un ou l'autre des critères cités par la doctrine [47], le plus souvent en relation avec la mention de l'existence de tâches propres [48]. Progressivement, le Tribunal fédéral va chercher à donner une définition de l'autonomie en explorant diverses directions. A propos du champ de l'autonomie, il déclare qu'en font partie les tâches d'intérêt local [49], des tâches traditionnelles [50], ou encore les questions dont la solution est laissée à la libre appréciation de la commune [51]. Il ajoute souvent que les activités en question relèvent du domaine propre [52]. Mais ce n'est qu'en 1939 [53] qu'il assimile expressément le champ de l'autonomie au domaine propre. Il maintiendra plus ou moins explicitement cette assimilation jusqu'en 1963 [54]. Par ailleurs, la jurisprudence fédérale pose à cette époque, à l'occasion de recours formés par des particuliers et fondés sur d'autres droits que celui relatif à l'autonomie, le principe que les normes communales reposant sur une base légale cantonale ne sont pas du droit autonome, car elles sont issues de compétences déléguées aux communes [55]. Enfin, dans certains arrêts [56], le Tribunal fédéral examine principalement dans quelle mesure l'intervention de l'Etat se justifie par des considérations d'intérêt général, posant ainsi la question de la portée de l'autonomie [57].

---

[46] Dans le même sens, ZWAHLEN, p. 632.

[47] Ainsi ATF 46 I 381 ss « Koelner » (affaires laissées à l'appréciation de la commune) ; ATF 52 I 359 ss (p. 362) « commune de Frauenfeld » (tâches d'intérêt local).

[48] Cf. par exemple l'arrêt « commune de Frauenfeld » précité. En fait, cela revenait à exclure en tous les cas l'autonomie dans le cadre des tâches déléguées : cf. ATF 36 I 705 « commune de Baden », ainsi que ZWAHLEN, p. 634 et la jurisprudence citée.

[49] ATF 58 I 236 ss « commune de Rothenthurm » (à propos de l'édilité locale) ; ATF « commune de Frauenfeld » précité.

[50] ATF 45 I, p. 131 « commune de Lucerne ». Cf. en outre MEYLAN, p. 57, et la jurisprudence citée.

[51] ATF 46 I, p. 381 ss « Koelner ».

[52] Cf. l'ATF « Koelner » précité, p. 385.

[53] ATF 65 I 129 ss « commune de Hundwil » (p. 131). Cf. ZIMMERLI, p. 259.

[54] ATF 89 I 107 ss « commune de Speicher ».

[55] Ainsi ATF 74 I 147 ss « Lips-Meier » (création de zones agricoles).

[56] ATF 31 I, p. 115 ss « commune de Büren » (p. 119) ; ATF 40 I 272 ss « commune de La Chaux-de-Fonds » (p. 282) ; ATF 58 I 236 ss « commune de Rothenthurm ».

[57] Cf. ci-après, p. 149 ss.

A partir des années cinquante, le Tribunal fédéral se tourne vers de nouveaux critères [58]. Plutôt que de poser le problème de l'autonomie en termes de domaines d'activité, il le fait en termes de compétences. Dès 1949, il recourt de plus en plus fréquemment au critère classique, développé par la doctrine, de l'absence d'un contrôle de l'opportunité, en ajoutant pour répondre aux critiques de M. Liver [59] que la commune doit disposer d'un pouvoir d'appréciation dans l'exercice de la compétence considérée [60]. Dans un arrêt de 1963, il confirme que sa jurisprudence se fonde désormais exclusivement sur ce critère, et ne parle plus de domaine propre [61]. Au cours de cette nouvelle période, notre Cour suprême recourt, dans quelques arrêts de 1957 et 1958 et en alternance avec le critère de l'étendue du contrôle étatique, au critère de la compétence exclusive, dont nous avons vu qu'il était très restrictif et que son contenu n'était pas très clair [62] : ce choix s'explique sans doute par le fait que, pour définir la violation de l'autonomie, le Tribunal fédéral s'en tenait à une conception restrictive, dite formelle [63], selon laquelle le canton se rendait coupable d'une atteinte illicite à l'autonomie dans les seuls cas où il exerçait une compétence qui ne lui appartenait pas ; dans tous les autres cas, il n'y avait pas violation de l'autonomie [64].

b) *La jurisprudence actuelle*

Dès le début des années soixante, le Tribunal fédéral avait laissé percevoir des doutes quant à la validité du critère de l'absence d'un contrôle de l'appréciation [65]. En 1967, dans deux arrêts successifs communes de Vol-

---

[58] D'une manière plus systématique du moins, car tant le critère de la portée du contrôle étatique que celui de la compétence exclusive avaient déjà été utilisés à l'occasion, cf. notes précédentes.

[59] Cf. ci-avant, p. 126.

[60] Cf. *Zbl.*, 1950, p. 424 (arrêt du 3 septembre 1949) ; ATF 89 I, p. 107 ss « commune de Speicher » (p. 112) ; ATF 91 I, p. 39 ss « commune d'Ilanz » (p. 42) ; ATF 92 I 369 ss « commune de Celerina » (p. 375). Cf. en outre MEYLAN, p. 59 et la jurisprudence citée (note 32).

[61] ATF « commune de Speicher » précité note 60 ; le domaine propre est toutefois encore cité une fois à la même époque : ATF 91 I, p. 464 « Graf ».

[62] Cf. ci-avant, p. 125 s. Il s'agit des ATF 83 I 119 ss « commune de Neuchâtel » (p. 123) et ATF 84 I 227 ss « Gaulé » (p. 230) (lesquels sont cités à tort par le TF à l'appui de l'arrêt « commune de Speicher » cité note 60 ci-avant ; cf. ZWAHLEN, p. 637).

[63] Cf. MEYLAN, p. 80.

[64] Cf. ci-après, p. 159 s.

[65] Ainsi ATF 92 I, p. 375 « commune de Celerina ».

ketswil et Zuchwil [66], il inaugure un nouveau critère, inspiré paradoxalement des réflexions de M. Liver [67] : la commune est autonome lorsqu'elle bénéficie dans un domaine donné d'une *marge relativement grande de pouvoir de décision* (« eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit ») [68].

Par la même occasion, le Tribunal fédéral critiquait le manque de dynamisme et l'imprécision des critères dont il avait usé précédemment, ainsi que le fait d'assimiler le champ de l'autonomie au rayon d'action propre [69]. Mais surtout, et c'est en cela que cette nouvelle jurisprudence était audacieuse, la *portée du contrôle* exercé par l'Etat n'entrait plus en considération. Le champ de l'autonomie se trouvait dès lors considérablement élargi : même les activités communales contrôlées par le canton sous l'angle de l'opportunité étaient susceptibles d'entrer dans le champ de l'autonomie, pour autant que la commune dispose d'un pouvoir de décision relativement important quant à cet objet.

Comme on a pu le dire [70], ce changement de jurisprudence représentait à l'époque, quant à ses effets, un pas vers l'inconnu. Il était difficile de prévoir le nombre de litiges que le Tribunal fédéral devrait désormais trancher. De fait, depuis ce revirement, les recours pour violation de l'autonomie communale ont représenté, lors de certaines périodes tout au moins, un chiffre plus élevé qu'auparavant [71].

A vrai dire, le Tribunal fédéral a avancé prudemment dans l'application de son nouveau critère : à l'origine, celui-ci n'était valable que pour les actes communaux de caractère *législatif* et le Tribunal fédéral avait laissé ouverte la question de l'étendre aux actes administratifs de la commune, plus particulièrement aux décisions prises en *application d'un règlement communal*. Les raisons de cette hésitation sont exposées dans l'arrêt commune de

---

[66] ATF 93 I, p. 154 ss (p. 158 à 160) ; ATF 93 I, p. 427 ss (p. 432 s.).

[67] Lequel (p. 45) relevait que l'« Ermessenstheorie » n'avait de valeur que si elle tendait à faire entrer dans le domaine propre (qui devait être maintenu) les affaires pour lesquelles la commune avait une « liberté de décision relativement considérable » ; LIVER ajoutait cependant que sous cette forme, le critère devenait beaucoup trop vague pour permettre l'analyse.

[68] Ou encore : pouvoir de décision relativement étendu (GRISEL, p. 137), liberté de décision relativement importante (qui semble être la formule retenue aujourd'hui ; cf. p. 120 ci-avant).

[69] ATF 93 I, p. 158 s. « commune de Volketswil ».

[70] ZIMMERLI, p. 258.

[71] ZIMMERLI, p. 258, relève que c'était particulièrement le cas en 1970 et 1971. Mais depuis, ce nombre nous paraît s'être amplifié encore : pour 1973 et 1974, il ressort par exemple du registre de la Chambre de droit public que le TF a été saisi de plus d'une vingtaine de recours par an fondés à titre principal ou non sur l'autonomie communale et l'on peut retenir un chiffre analogue pour 1977.

Coire [72] : les actes d'application du droit communal ne résultent pas d'un processus démocratique comme les règlements communaux, ils concernent des cas particuliers et ne mériteraient donc pas une protection aussi étendue ; la commune peut d'ailleurs toujours modifier son propre droit pour en préciser l'interprétation [73]. Mais dans un arrêt ultérieur commune de Saint-Moritz [74], le Tribunal fédéral a reconnu qu'il n'était pas tolérable que l'Etat puisse d'un côté prendre impunément des décisions arbitraires lorsqu'il revoit l'application du droit communal, et d'un autre se voir reprocher ce même arbitraire à l'occasion de l'approbation d'un règlement communal. Nous pensons également que l'autonomie forme un tout qu'il convient de protéger de manière uniforme, et même qu'il faut aller plus loin en admettant que l'Etat ne saurait intervenir dans le partage interne des compétences entre le législatif et l'exécutif de la commune [75], sous réserve que les principes de la délégation législative soient respectés par la commune.

Pour conclure, nous approuvons pour l'essentiel le critère actuel du Tribunal fédéral, plus particulièrement du fait que la commune est ainsi reconnue autonome alors même qu'elle est soumise à un contrôle de l'opportunité ; nous considérons en effet que dans cette hypothèse déjà, il peut y avoir décentralisation [76]. En outre, ce critère est plus souple que les précédents, il rend mieux compte de l'indépendance effective de la commune et de la diversité de ses activités. En revanche, l'interprétation qu'il suppose peut être particulièrement difficile, comme nous le verrons dans la section suivante.

3. *L'autonomie dans le droit positif des cantons*

Nous avons vu dans notre première partie que le contenu des compétences décentralisées varie d'un canton à l'autre. Nous avons cité celles qui reviennent le plus fréquemment, tant en matière de législation qu'en matière

---

[72] ATF 94 I, p. 64 ss (p. 66).

[73] Le TF ajoute dans le même arrêt (p. 66) que le contentieux entre particuliers et communes est de plus en plus confié dans les cantons à des tribunaux administratifs plutôt qu'à des autorités politiques, ce qui rend moins grande la nécessité de protéger les communes au niveau fédéral. Notre Cour suprême a toutefois, par la jurisprudence inaugurée dans l'arrêt « commune de Flims » (cf. ci-après, p. 160), démenti cette affirmation qui nous paraissait discutable ; elle est d'ailleurs considérablement atténuée dès l'arrêt cité note suivante.

[74] ATF 95 I, p. 37 s.

[75] Cf. ci-après, p. 140.

[76] Cf. ci-avant, p. 22 s. Contra : MEYLAN, p. 37.

d'administration [77] : selon le critère actuel du Tribunal fédéral, ce sont des compétences autonomes, plus ou moins nombreuses selon le canton considéré. On notera au passage que la portée de l'autonomie varie également d'un canton à l'autre [78].

On pourrait être tenté de ranger les cantons dans un ordre décroissant d'*intensité* de l'autonomie de leurs communes, comme certains l'ont fait [79]. Nous ne croyons guère à la valeur d'une telle classification, faute d'un critère satisfaisant pour l'établir. Tout au plus pourrait-on le faire pour la portée du contrôle de l'Etat, mais encore faudrait-il se fonder sur des données souvent imprécises, et se limiter à des domaines particuliers. Ce n'est pas notre propos.

Les constitutions cantonales contiennent explicitement ou implicitement le principe d'une activité communale autonome, mais elles ne fournissent pas un critère permettant d'en délimiter le champ, ou renvoient aux notions vagues de tâches locales ou tâches propres, sans exclure d'autres activités. C'est pourquoi, alors même que l'autonomie relève du seul droit cantonal, on peut considérer que la notion dégagée par le Tribunal fédéral est uniformément valable pour tous les cantons [80]. Cette *unification* du sens de l'autonomie, vers laquelle tend depuis longtemps le Tribunal fédéral, nous paraît réalisée à satisfaction par la souplesse du critère de l'indépendance relative. Il est remarquable qu'une autorité fédérale ait été ainsi en mesure de préciser le droit constitutionnel cantonal, d'autant qu'il s'agit d'un problème d'organisation interne. Ce phénomène est révélateur du poids de l'autonomie communale dans la conscience politique nationale [81].

L'uniformité du principe demeure toutefois relative : il suffirait qu'un canton délimite avec précision dans sa constitution le champ qu'il assigne à l'autonomie de ses communes, par exemple les seules tâches qui sont expressément soustraites au contrôle de l'opportunité, pour que la jurisprudence ne puisse s'appliquer telle quelle aux conflits d'autonomie du canton. En revanche, le législateur cantonal ordinaire n'a pas un tel pouvoir, nous le verrons [82].

---

[77] Cf. ci-avant, p. 51 ss.

[78] Cf. ci-après, p. 147 s., surtout en ce qui concerne le contrôle de l'Etat, p. 149 ss.

[79] Ainsi GIACOMETTI, p. 77, qui répartit les cantons en trois groupes, celui où l'autonomie est la plus restreinte étant formé des cantons romands.

[80] En ce qui concerne tant le champ que la portée de l'autonomie. Cela tient aussi au fait que les juridictions publiques cantonales sont incomplètes (cf. ci-après, p. 168 ss) ; dans le même sens, MOOR, p. 1638.

[81] C'est d'ailleurs de la place essentielle occupée par la commune dans l'organisation politique du pays que le TF tire la justification du droit constitutionnel à l'autonomie, cf. ci-après, p. 172 ss.

[82] Cf. ci-après, p. 154 ss.

Section III

L'autonomie communale selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral

Bien que l'important revirement jurisprudentiel de 1967 ait été très généralement salué comme positif, il a suscité et suscite encore certaines critiques.

En premier lieu, on a relevé [83] le caractère trop vague du critère, qui place le Tribunal fédéral devant une tâche délicate : interpréter le droit cantonal sans pour autant commettre une ingérence coupable dans l'organisation interne des cantons. Il a également été proposé que des critères supplémentaires soient introduits [84]. On a pu dire enfin qu'étendre l'autonomie à des objets ou domaines entièrement soumis au contrôle de l'opportunité ne correspondait pas au principe de toute décentralisation, même administrative, car l'autonomie deviendrait alors une pure illusion [85]. Nous ne sommes pas de cette dernière opinion s'agissant de la décentralisation administrative. Celle-ci n'exclut pas l'autonomie communale, elle l'implique au contraire. Nous pensons en effet que lorsque les cantons veulent décentraliser des tâches administratives et décident d'en confier l'accomplissement aux communes plutôt qu'à des organismes créés spécialement, ils doivent accepter une indépendance relative des autorités communales et respecter cette indépendance, tout comme celle reconnue aux communes lorsqu'elles assument des tâches à titre primaire dans le cadre de la décentralisation politique [86]. En faisant des communes des éléments de leur organisation politique, les cantons ont pris un risque, celui d'entrer en conflit avec la conception des autorités communales, même à propos de tâches déléguées ; d'ailleurs, ils peuvent précisément atténuer ce risque en étendant leur pouvoir de contrôle. Mais même dans ce dernier cas, la commune doit pouvoir réclamer protection de son autonomie contre les interventions abusives de l'Etat [87].

---

[83] ZIMMERLI, p. 262. LIVER, p. 45, avait déjà émis cette critique par avance (cf. note 67 ci-avant), mais pour la classification en tâches propres et tâches déléguées.

[84] Ainsi ZWAHLEN, p. 639 (intérêt local prédominant). JAGMETTI, p. 321-325 propose le critère de l'appropriation de la compétence à une réglementation ou solution locale (valable à défaut d'une règle positive pour le champ des compétences communales, mais non pour leur portée ; p. 330). Selon lui, il faut renoncer à distinguer entre les compétences autonomes protégées et les autres compétences (p. 332 s.), si bien qu'en définitive, il paraît plutôt rejeter le critère de la jurisprudence du TF.

[85] MEYLAN, p. 67 s.

[86] Dans le même sens, MOOR, p. 1636.

[87] Cf. ci-après, p. 196 ss. Relevons que MEYLAN, p. 110 ss, arrive à un résultat analogue en proposant de reconnaître à la commune la qualité pour recourir sur la base de l'art. 4 Const. et pour violation du principe de la séparation des pouvoirs, ce en dehors de son autonomie au sens étroit qu'il propose.

Le Tribunal fédéral a répondu à la première partie de ces critiques en pratiquant généralement avec retenue l'interprétation du droit cantonal [88], en se servant de la souplesse du nouveau critère pour rechercher des solutions subtiles à certaines questions délicates — dont quelques-unes sont encore ouvertes [89], et en recourant parfois à des critères subsidiaires [90]. Au reste, le Tribunal fédéral n'a pas cherché à imposer une conception trop précise de l'autonomie, quitte à rester très proche de l'interprétation donnée par le canton de son propre droit. Ce n'est que lorsqu'il est saisi de recours successifs de communes d'un même canton qu'il pousse plus avant son analyse du champ, ainsi que de la portée d'ailleurs, de l'autonomie dans un domaine déterminé, par exemple en matière de droit des constructions dans tel ou tel canton [91]. Il se garde bien en revanche de faire des comparaisons étroites d'un canton à l'autre.

Nous examinerons la jurisprudence du Tribunal fédéral à propos du champ de l'autonomie d'abord en matière législative, puis en matière administrative.

1. *Le champ de l'autonomie législative*

La question à résoudre est de savoir quand on peut déduire du droit cantonal que la commune bénéficie d'une indépendance relative, qui l'autorise à édicter des normes à propos d'un objet ou d'un autre.

a) *La réglementation communale en l'absence de normes cantonales*

Il ne fait aucun doute pour nous que la commune peut édicter du droit autonome lorsqu'elle entreprend une tâche en se fondant sur sa compétence générale résiduelle. Ce sont d'ailleurs des tâches que la commune assume facultativement et ce pouvoir d'initiative est déjà en soi une marge relative-

---

[88] Sur le pouvoir d'examen du TF, cf. ci-après, p. 185 ss.

[89] Notamment dans l'application du droit cantonal par la commune, cf. ci-après, p. 140 ss.

[90] Cf. par exemple les arrêts cités note 97 ci-après.

[91] Ainsi pour les compétences des communes valaisannes en matière de plans de zones ou d'application du droit communal des constructions : ATF 100 I a), p. 84 ss « commune de Montana » ; ATF 101 I a), p. 260 ss « commune de Ritzingen ; ATF 101 I a), p. 264 ss « commune de Taesch » ; ATF 102 I a) p. 175 ss « commune de Zermatt » (cons. 1 non publié, selon lequel la révision de l'art. 75 Const. VS n'a pas limité depuis la portée du contrôle en matière de construction, ce que la commune ne prétendait d'ailleurs pas).

ment importante de pouvoir de décision. Ainsi en matière de distribution d'électricité s'il n'y a pas de règles cantonales [92], ou encore pour réglementer l'usage d'installations publiques qu'une commune a pris l'initiative de créer et qui ne font pas l'objet de prescriptions cantonales [93]. De même, entrent dans le champ de l'autonomie législative les rares domaines exclusivement réservés à la commune par le droit cantonal [94].

Outre les limites normalement imposées par l'ordre juridique [95], deux genres de restrictions à l'autonomie législative sont possibles.

D'une part, le canton peut déduire de l'interprétation de son droit qu'il a des compétences *implicites* dans le domaine considéré, lesquelles excluent une réglementation communale ; il se justifiera alors en prétendant par exemple que l'activité litigieuse n'est pas d'intérêt communal ou ne s'approprie pas à une réglementation locale. Le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de se prononcer dans une telle hypothèse, à notre connaissance [96]. En revanche, il a à l'inverse justifié dans quelques cas l'existence de compétences communales résiduelles en recourant au critère supplémentaire du caractère traditionnel ou local de la tâche [97].

En second lieu, le canton peut exercer des compétences *parallèles* à celles dont la commune a pris l'initiative ou encore qui lui ont été réservées, dans le domaine social ou dans celui de la protection de l'environnement par exemple. En ce cas, le droit communal devra généralement céder le pas devant le droit cantonal [98], à moins que le législateur cantonal n'ait complètement perdu de vue l'intérêt public ou se soit mis en contradiction avec d'autres principes constitutionnels, ce qui sera plutôt rare. Le champ de l'autonomie législative s'en trouvera dès lors rétréci.

---

[92] ATF 102 I a), p. 70 s. « commune de Bergün » (GR) (postérieurement au règlement communal litigieux, la législation cantonale a expressément prévu cette compétence communale) ; ATF 100 I a), p. 92 « commune de Bassersdorf » (ZH).

[93] ATF 100 I a), p. 289 ss « commune scolaire de Küsnacht » (ZH) (piscine publique).

[94] Que ce soit par la Constitution ou par la loi. Cf. ATF 102 I a), p. 161 « commune de Villars-sur-Glâne » (qui rappelle que le champ de l'autonomie est plus étendu que celui des compétences exclusives).

[95] Cf. ci-après, p. 144 ss, à propos de la portée de l'autonomie.

[96] Mais il a recouru à ce même critère du caractère local pour dénier à la commune un pouvoir de décision en matière d'application du droit cantonal, cf. ci-après, p. 142 s.

[97] ATF 100 I a), p. 289 « commune scolaire de Küsnacht » (réglementation des services publics communaux) ; ATF 97 I, p. 513 « commune de Romanel » (la réglementation des heures d'ouverture des magasins est une tâche traditionnelle de police locale) (VD).

[98] Cf. ci-après, p. 147 s.

b) *Réglementation communale concurrente*

Ici, la marge de pouvoir de décision consiste en ce que la commune peut édicter des normes *complétant* le droit cantonal, ou encore y *dérogeant*. On peut préalablement distinguer deux hypothèses.

La première hypothèse est celle d'un domaine où existent des règles cantonales, sans qu'une réglementation communale ne soit prévue ni exclue. Il faut alors recourir aux principes d'interprétation sur l'épuisement de la matière par le législateur, afin de savoir si le droit cantonal est *exhaustif* ou non. Autrement dit, on recherchera si le canton a voulu uniformiser les règles dans le domaine considéré ou s'il a au contraire admis implicitement l'éventualité d'une inégalité de traitement entre les administrés d'une commune à l'autre. On en trouve un exemple dans un arrêt commune de Schaffhouse [99], où le Tribunal fédéral a jugé que sur un point précis, l'obligation pour le propriétaire de créer des places de parc, la réglementation cantonale sur les constructions était exhaustive.

La seconde hypothèse, la plus fréquente, est celle de domaines dans lesquels le canton a édicté des *principes* en *réservant* une réglementation communale complémentaire, laquelle peut d'ailleurs être obligatoire ou facultative. Lorsqu'elle est facultative, il y a nécessairement autonomie quant à la décision de réglementer ou non.

Les deux hypothèses peuvent en outre se trouver réalisées dans un même domaine, le droit des constructions notamment. Ou encore se rencontrer dans des domaines parallèles. On citera à ce dernier propos un avis de droit émis par un gouvernement cantonal [100]. En matière de police du feu, le droit saint-gallois est exhaustif ; seules sont possibles des prescriptions communales d'exécution, sur délégation ou pour combler des lacunes du texte cantonal, mais elles ne peuvent en aucun cas déroger à la loi, notamment en posant des exigences plus sévères. Toutefois, dans le cadre de leurs compétences en matière de police des constructions, les communes peuvent prendre d'autres mesures, qui influenceront indirectement les règles sur la protection contre les incendies, et peuvent aller ainsi au-delà des prescriptions cantonales de police du feu. Dans le premier domaine, les communes n'ont pas de compétences législatives, alors que dans le second, elles exercent des compétences concurrentes à celles du canton. Il est intéressant de noter que dans cet exemple, il n'y a pas de règle de priorité en faveur du canton.

Il sera généralement aisé d'établir que le droit cantonal prévoit ou n'exclut pas un champ d'autonomie législative plus ou moins grand pour une tâche

[99] ATF 99 I a), p. 76.

[100] *Zbl.*, 1961, p. 270 ss.

donnée. Le Tribunal fédéral a jugé par exemple qu'en droit valaisan, en matière de police locale, la loi cantonale ne contenait aucune limitation du pouvoir réglementaire des communes ; comme la loi cantonale sur la santé publique, d'autre part, enjoint aux communes, sans autre précision, de réglementer la police de la salubrité locale, on peut en tirer que le droit valaisan confère à la commune une marge d'autonomie pour édicter des normes sur la lutte contre le bruit [101].

De même, l'établissement de plans de zones entre dans le champ de l'autonomie lorsqu'une clause générale du droit cantonal habilite les communes à réglementer les constructions [102]. Ou encore, lorsque la loi sur les communes mentionne sans autre le droit de prélever des taxes communales en matière de distribution d'électricité, la commune peut édicter des règles autonomes à ce sujet [103].

En revanche, la question de savoir *où commencent* les compétences communales et *où s'arrêtent* celles du canton dans un domaine donné se révèle plus délicate. Le droit constitutionnel cantonal ne connaît pas la notion de compétence législative cantonale limitée aux principes (« Grundsatzgesetzgebung »), ni celle de loi-cadre (« Rahmengesetzgebung ») [104]. Au contraire, les compétences concurrentes y sont généralement mentionnées comme relatives à des tâches que l'Etat et les communes accomplissent ensemble [105]. C'est donc dans la loi qu'il faut rechercher les éventuelles règles de partage. Or, nous le verrons dans un autre contexte, le Tribunal fédéral ne revoit l'interprétation des lois cantonales que sous l'angle de l'arbitraire [106].

Des difficultés d'interprétation surgissent en effet pour établir si, dans un domaine donné, la commune peut compléter le droit cantonal ou y déroger sur un point précis. En d'autres termes, lorsqu'il s'agit de savoir si cer-

---

[101] Arrêt non publié « commune de Monthey » (VS), du 21 mars 1973.

[102] ATF 101 a), p. 260 « commune de Ritzingen » (VS).

[103] ATF 102 I a), p. 70 « commune de Bergün » (GR).

[104] Sur la distinction entre ces deux notions, cf. J.-F. Aubert / R. Jagmetti, *Die Verfassungsmässigkeit des Entwurfes vom 14. Oktober 1970 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, in* « Wirtschaft und Recht », 1971, p. 146 ss. A l'exception de l'art. 22 quater, la Constitution fédérale ne contient pas de formule semblable à propos des compétences fédérales limitées aux principes ; cf. sur cette problématique M. Renaud, *Le pouvoir réglementaire des cantons dans le cadre de l'exécution des lois fédérales,* thèse Lausanne, 1974, p. 181 ss.

[105] Cf. ci-avant, p. 61, note 104.

[106] Cf. ci-après, p. 185 ss.

taines règles cantonales sont *impératives* [107], ou représentent du moins des prescriptions *minimales* en deçà desquelles la commune ne peut aller. Le Tribunal fédéral a tranché récemment un litige à ce propos : il a d'une part constaté que le droit cantonal autorisait les communes à fixer leurs propres règles sur la procédure de plan de quartier, mais que d'autre part certaines règles cantonales sur le même objet devaient être considérées [108] comme impératives, en particulier celles qui concernent le remaniement parcellaire imposé cas échéant aux propriétaires. L'intention du législateur était en effet de fixer uniformément les grandes lignes de la procédure de plan de quartier, en raison de l'importance de cet instrument de planification [109].

Il peut cependant se trouver des règles cantonales impératives ou minimales que la commune est libre d'insérer ou non dans sa réglementation [110]. Il y a alors autonomie législative quant à la mise en vigueur des règles cantonales, voire à leur remplacement par des règles communales plus sévères lorsque les dispositions cantonales sont minimales seulement. Le Tribunal fédéral considère dans ce cas que les règles cantonales reprises telles quelles par la commune ne sont pas du droit communal autonome, ce qui paraît contestable [111] ; il faut cependant préciser qu'il a défendu cette opinion à propos de l'autonomie communale en matière d'application du droit [112].

Ajoutons encore que pour reconnaître l'existence d'une autonomie législative, le Tribunal fédéral a parfois étayé son raisonnement en invoquant le critère supplémentaire du caractère local de la tâche [113].

---

[107] L'arrêt « commune de Davos » du 13 juillet 1977, *Zbl.*, 1977, p. 544 ss donne un excellent exemple de dispositions interprétées comme impératives par le canton, lequel a été désavoué par le TF (il s'agissait de savoir qui du canton ou de la commune était compétent pour désigner une commission d'estimation de contributions de plus-value).

[108] Sous l'angle restreint de l'arbitraire en l'espèce.

[109] Arrêt non publié « commune de Tschiertschen » (GR), du 19 mars 1975. Cf. également *Zbl.*, 1976, p. 58 ss, arrêt « commune de Saint-Moritz », du 19 novembre 1975.

[110] Voir le cas du remaniement parcellaire dans l'exemple précité, ainsi que ATF 100 I a), p. 204 « commune de Celerina c/Suc » (GR) (interdiction provisoire de construire) ; cf. d'autre part ATF 97 I, p. 520 ss « commune de Lostorf » (SO) (prescriptions minimales sur les installations incommodantes, reprises en l'espèce sans les modifier par la commune).

[111] Cf. l'arrêt « commune de Lostorf » précité. A notre sens, la commune a fait un choix, celui de ne pas édicter des règles plus strictes. Dans le même sens, MEYLAN, p. 66. L'arrêt « Celerina » précité admet d'ailleurs que la décision d'introduire ou non la disposition cantonale est autonome.

[112] Question qui reste ouverte, cf. ci-après, p. 140 ss, pour le droit cantonal.

[113] Ainsi ATF 96 I, p. 24 « von Euw » (LU) (lutte contre le bruit).

On peut enfin citer une décision cantonale [114] admettant des compétences communales autonomes en matière de contrôle des viandes, fondées indirectement sur le *droit fédéral*. Celui-ci contient en effet dans ce domaine une réserve en faveur du droit cantonal [115], dont le canton de Zurich avait fait usage pour réglementer le contrôle des livraisons de viande tout en laissant aux communes la faculté de libérer du contrôle les livraisons régulières, ce dans les limites de prescriptions cantonales minimales. On ne saurait en revanche déduire directement du droit fédéral un champ d'autonomie législative [116].

2. *Le champ de l'autonomie administrative*

A notre sens, par pouvoir de décision en matière administrative, il faut entendre un *pouvoir d'appréciation,* notamment en opportunité [117]. Ce pouvoir correspond à celui que peut exercer toute administration : la commune l'exercera lorsqu'elle édicte des ordonnances d'exécution, applique le droit par des actes individuels ou encore mène des activités matérielles [118]. A la différence près que la commune peut se plaindre d'une atteinte illicite à ce pouvoir lorsqu'elle est autonome. C'est sans doute la raison pour laquelle le Tribunal fédéral parle d'un pouvoir « relativement grand » de décision, et qu'il distingue selon que la commune use de ce pouvoir d'appréciation pour appliquer sa propre réglementation, ou pour appliquer le droit cantonal ou fédéral, comme nous allons le voir.

Précisons auparavant que sa compétence générale résiduelle autorise la commune à entreprendre des activités qui relèvent de l'administration libre, et que celles-ci entrent sans aucun doute dans le champ de l'autonomie administrative [119].

---

[114] *Zbl.*, 1961, p. 470-473 (décision du Conseil d'Etat ZH).

[115] Art. 100, al. 1, ordonnance fédérale sur le contrôle des viandes (RS 817.191).

[116] Cf. ci-après (I chap. III), p. 20.

[117] Nous reprenons ici ces notions — qui n'ont cessé d'être controversées — sans les discuter plus avant. Sur le contenu du pouvoir d'appréciation, IMBODEN, p. 398 ss ; GRISEL, p. 168 s. Schématiquement, on peut dire qu'il y a des questions qui peuvent être appréciées de manière discrétionnaire quant à leur solution juridique (« Rechtsfolgeermessen »), soit en *opportunité*, alors que d'autres supposent l'interprétation d'une notion juridique indéterminée avec une certaine liberté d'*appréciation* (« Auslegungsermessen »), ou plus précisément d'une marge d'appréciation (« Beurteilungsspielraum ») ; on dit dans le second cas que l'autorité d'application a une latitude de jugement que le juge ne doit revoir qu'avec retenue, surtout s'il s'agit de données techniques ou de circonstances locales (ATF 101 I b), p. 367 « Brupbacher » ; MACHERET, p. 148). Cf. également ci-après, p. 160 ss. Dans les deux cas, il s'agit d'un *pouvoir d'appréciation* au sens large.

[118] Cf. ci-avant, p. 55 ss.

[119] Cf. ci-avant, p. 79.

a) *L'autonomie dans l'application du droit communal*

A vrai dire, le critère de la marge relativement grande ne nous paraît pas applicable à cette situation. Dans la mesure où il s'agit de l'application du droit communal *autonome,* on ne voit pas pourquoi la commune serait privée d'autonomie, donc de protection contre l'Etat, pour la seule raison que le législateur communal n'a pas jugé utile de conférer sur tel objet un pouvoir d'appréciation à l'administration communale. Dès lors qu'une réglementation communale a été reconnue conforme à l'ordre juridique, voire que l'Etat en ait vérifié l'opportunité, ce dernier n'a plus à se mêler du *partage interne* des compétences au sein de la commune [120].

Certes, pour savoir si l'administration communale n'a pas abusé de ses compétences, le canton, ou le Tribunal fédéral sur recours, examineront par exemple si le règlement communal autorise l'exécutif à accorder de véritables dérogations — ce qui implique un libre pouvoir d'appréciation en opportunité, ou s'il s'agit simplement d'une notion juridique indéterminée que l'administration peut interpréter avec une certaine latitude de jugement (« Beurteilungsspielraum ») [121]. Mais il s'agit là d'une autre question, celle de savoir si, en appliquant le droit communal, la commune est demeurée dans les limites de la légalité, et cela également dans l'hypothèse où l'administration n'aurait aucun pouvoir d'appréciation pour appliquer le droit communal.

En résumé, le champ de l'autonomie administrative comprend toute application du droit communal, sous réserve bien entendu que celui-ci soit autonome [122]. Nous ne connaissons d'ailleurs pas d'arrêt du Tribunal fédéral qui aille nettement en sens contraire [123].

b) *L'autonomie dans l'application du droit cantonal ou fédéral*

En règle générale, il s'agit pour la commune d'appliquer le droit cantonal, mais dans des domaines importants comme la protection des eaux contre la pollution, la commune peut être appelée à appliquer le droit fédéral.

---

[120] Dans le même sens, MEYLAN, p. 61 s.

[121] Cf. ATF 97 I, p. 139 s. « commune de Malans » (dérogation) ; ATF 100 I a), p. 86 « commune de Montana » (notion juridique indéterminée).

[122] Sur l'autonomie administrative en dehors de l'application du droit, par exemple la gestion du domaine public ou du patrimoine communal, cf. ZIMMERLI, p. 265. Voir également ci-après, p. 175 ss.

[123] Dans un arrêt « commune de Schwyz » du 22 mai 1974, *Zbl.,* 1974, p. 433, il est dit que la commune est *en principe* protégée contre une application arbitraire de son droit par le canton.

Le critère de la marge de décision devrait reprendre ici toute sa valeur. Mais le Tribunal fédéral s'est précisément montré réticent à admettre que le champ d'autonomie puisse s'étendre aussi loin. Il déclare même qu'en principe, il n'y a pas d'autonomie communale dans l'application du droit cantonal ou fédéral, principe qu'il assortit toutefois d'exceptions [124]. Pour nous, l'exercice d'un pouvoir autonome d'appréciation dans l'application du droit supérieur peut se rencontrer dans deux éventualités, que nous envisagerons successivement.

Dans la première éventualité, la commune se voit reconnaître le droit de prendre des décisions en *opportunité*. Ainsi lorsque le droit cantonal ne règle pas, ou dans les grandes lignes seulement, une question d'exécution et confie celle-ci à la commune. Le Tribunal fédéral admet qu'il y a dans ce cas autonomie, pour autant qu'il s'agisse d'une question essentielle [125]. On peut voir dans cette restriction une analogie avec l'idée d'importance qu'il y a dans le critère de la marge relativement grande, laquelle existe nécessairement, à notre avis, s'il y a choix en opportunité. De fait, le Tribunal fédéral ne semble pas vouloir s'immiscer dans l'organisation administrative cantonale pour des affaires mineures. A notre sens, plutôt que de s'interroger sur le caractère essentiel ou non d'une compétence administrative, il faudrait examiner si l'on a affaire à une compétence décentralisée ou simplement déconcentrée. Dans le premier cas, il y aurait autonomie administrative, pour autant qu'il y ait une marge de pouvoir d'appréciation [126], il n'y en aurait pas dans le second, même si les autorités communales disposent d'un pouvoir d'appréciation [127]. Nous reconnaissons cependant que cette distinction peut être tout aussi délicate [128].

De même lorsque la commune peut *déroger* au droit cantonal. Cette hypothèse se réalise par exemple en matière fiscale : certains droits cantonaux autorisent les communes à s'écarter des principes cantonaux de répar-

---

[124] Voir ATF 101 I a), p. 518 ss « commune de Titterten », avec un rappel détaillé de la jurisprudence.

[125] Arrêt « Titterten » précité, p. 519, qui se réfère à ATF 96 I, p. 725 « commune de Regensdorf » où il est question du pouvoir de prendre une décision au fond sans être soumis au contrôle d'une autorité cantonale ; on peut penser qu'il s'agit du contrôle hiérarchique (cf. le commentaire de cet arrêt par MEYLAN, p. 61 ss, qui relève les hésitations de la jurisprudence).

[126] Que ce soit en opportunité ou sous la forme d'une latitude de jugement, cf. note 117 ci-avant.

[127] C'est peut-être vers cette distinction que tendait l'arrêt « commune de Regensdorf » précité.

[128] La solution pourrait être d'admettre la commune à saisir les juridictions constitutionnelles et administratives d'autres griefs que l'autonomie ; cf. notre chap. III ci-après, p. 167 ss, notamment p. 193 ss.

tition intercommunale, pour autant qu'elles s'entendent sur une autre répartition. En concluant sur cet objet une convention intercommunale, les communes concernées font un choix qui mérite d'être protégé, ce que le Tribunal fédéral admet avec raison [129].

Quant à la seconde éventualité, c'est l'application par la commune d'une *notion juridique indéterminée* du droit cantonal ou fédéral. Dans ce cas, le Tribunal fédéral dénie en principe toute autonomie à la commune, même s'il s'agit d'une notion indéterminée susceptible d'être interprétée avec une plus ou moins grande *latitude de jugement* [130]. Notre Cour suprême, dans un arrêt relatif à l'application du droit fédéral par les cantons ou les communes, a cependant réservé le cas où une disposition *expresse* prévoit une marge d'appréciation dans l'interprétation d'une notion indéterminée [131].

Nous ne sommes guère convaincu par cette position de principe du Tribunal fédéral, qui n'en donne d'ailleurs guère la justification : dans la mesure où il admet d'autre part que la commune peut bénéficier d'une latitude de jugement en appliquant son propre droit, rien ne s'oppose à ce que la commune, s'il s'agit d'appliquer le droit supérieur, puisse également avoir une latitude de jugement, comme d'ailleurs l'administration cantonale elle-même dans certains cas [132]. Nous ajouterons que toute notion juridique indéterminée n'autorise pas un tel pouvoir d'appréciation, et que s'agissant de l'application du droit par une commune, cette latitude de jugement doit principalement consister en l'appréciation de circonstances locales [133].

Nous rejoignons en revanche, quant à la conclusion qu'on peut en tirer, une argumentation récente du Tribunal fédéral : dans l'arrêt commune de Titterten [134], après avoir admis que le critère de la marge d'indépendance n'a pas sur ce point reçu une définition jurisprudentielle très claire, il déclare laisser la question ouverte, car les conditions d'un autre critère, celui du

---

[129] Arrêt « communes de Hohtenn et Steg », du 18 septembre 1974, *Zbl.*, 1975, p. 102 s.

[130] ATF 100 I a), p. 275 s. « commune de Parpan » ; ATF 100 I a), p. 205 « commune de Celerina c/Suc » ; ATF 97 I, p. 523 « commune de Lostorf ».

[131] Arrêt « commune de Parpan » précité p. 276.

[132] Ou encore l'administration fédérale. Cf. GRISEL, p. 169 s.

[133] Sur la notion de circonstances locales selon le TF, cf. ATF 99 I a), p. 38 (recours dirigé contre une loi) et *Zbl.*, 1971, p. 172 (arrêt du 12 novembre 1969). Il s'agit de circonstances géographiques ou de toutes autres circonstances de nature concrète ou matérielle. Dans un curieux arrêt du 21 septembre 1976, paru in *Zbl.*, 1977, p. 65 ss, le TF a ajouté qu'elles pouvaient être de nature politique, lorsqu'il s'agissait d'interpréter la volonté des électeurs de la commune (en l'espèce, le corps électoral avait refusé un plan de zones) ; cf. la critique de M. H.-P. MOSER publiée à la suite de cet arrêt (*ibid.*).

[134] ATF 101 I a), p. 519 s.

caractère local, ne sont pas remplies. Il faut en effet que la question soit susceptible d'être réglée au niveau local, ce qui n'est pas par exemple le cas de règles cantonales sur la répartition fiscale intercommunale ou sur les conflits d'intérêts intercommunaux. La question a été tranchée dans le même sens s'agissant de l'interprétation de règles cantonales de droit transitoire [135].

Cela nous paraît juste, sous réserve que l'application de règles cantonales de cet ordre n'ait pas pour effet pratique de porter atteinte à l'existence même d'une commune, en la privant de l'essentiel de ses ressources fiscales. Il faudrait alors admettre la commune à invoquer devant le Tribunal le grief de l'atteinte à son existence, question laissée récemment ouverte par la jurisprudence [136].

Pour notre part, nous préférons dire que la commune est autonome dans l'application d'une notion indéterminée du droit cantonal ou fédéral, lorsque cette application exige une solution *individualisée*, notamment par l'appréciation de circonstances locales [137].

Nous terminerons cet aperçu de l'autonomie administrative par deux exemples tirés de la jurisprudence récente. Dans un arrêt commune de Villars-sur-Glâne [138], le Tribunal fédéral a jugé que, malgré les importantes compétences que les communes fribourgeoises exercent de manière autonome dans le domaine de l'aménagement local et de la police des constructions [139], elles n'ont pas de pouvoir autonome en ce qui concerne l'*octroi des permis de construire*, qui sont délivrés par le préfet sur préavis de la commune. Même si elles disposent d'un droit de recours contre la décision préfectorale, elles n'en sont pas pour autant autonomes [140]. Le fait d'être chargées de contrôler les travaux de construction n'implique pas non plus une marge d'autonomie, car il s'agit de simples mesures d'exécution. Le raisonnement du Tribunal fédéral nous paraît exact : dans ce canton, le pouvoir communal d'appréciation en matière de délivrance du permis de construire se limite à décider de former ou non recours contre la décision préfectorale [141].

---

[135] ATF 99 I a), p. 64 « commune de Laufon ».

[136] Cf. ci-après, p. 164 s.

[137] Voir à ce sujet MEYLAN, p. 75.

[138] ATF 102 I a), p. 161 ss.

[139] Ainsi en matière de plans et règlements (p. 163 de l'arrêt précité) ; notamment les plans régionaux, élaborés d'entente entre les communes concernées ; le préfet n'intervient que si les communes ne peuvent s'entendre, et son intervention peut violer l'autonomie communale si elle est arbitraire (arrêt non publié « commune de Senèdes » du 18 novembre 1977).

[140] La solution pourrait être différente, selon le TF, si le canton déniait à la commune la qualité pour agir, en violation de la loi.

[141] Relevons que contre ce procédé cantonal, la commune ne peut recourir pour violation de l'art. 4 Const., selon la jurisprudence actuelle, cf. ci-après, p. 195 ss.

Dans un arrêt commune de Parpan [142], il s'agissait de l'interprétation par la commune d'une *notion juridique indéterminée du droit fédéral,* en l'occurrence une disposition de l'ordonnance générale d'application de la loi sur la protection des eaux [143]. L'article 28 de cette ordonnance limite les autorisations de construire, en l'absence d'une planification communale, aux « zones restreintes à bâtir ». Le Tribunal fédéral a jugé que l'on ne pourrait admettre une éventuelle autonomie communale — ainsi qu'une éventuelle autonomie cantonale d'ailleurs — dans l'interprétation de cette notion qu'en présence d'une disposition fédérale claire, reconnaissant expressément aux autorités d'application un pouvoir d'appréciation ; par exemple, une disposition qui dirait qu'il s'agit des zones que le canton ou les communes *considèrent* comme destinées à la construction [144]. Nous approuvons également cette jurisprudence qui nous paraît illustrer ce que nous avons dit au sujet de la latitude de jugement limitée à l'appréciation de circonstances locales. Dans sa teneur actuelle, l'article 28 de l'ordonnance générale en cause n'autorise manifestement pas une interprétation fondée sur l'appréciation de conditions locales. Nous pensons en revanche que l'on pourrait renoncer à l'exigence d'une disposition légale attribuant *expressément* un pouvoir d'appréciation.

Section IV

La portée de l'autonomie

Nous avons vu dans quels cas la commune peut se prétendre autonome. Cette autonomie n'a cependant pas une portée illimitée. Dans l'exercice de ses compétences autonomes, la commune se heurte à diverses *limites* résultant de l'ordre juridique en général et plus particulièrement des compétences cantonales et fédérales, ainsi que du pouvoir de surveillance auquel elle est soumise.

---

[142] ATF 100 I a), p. 273 ss.

[143] Ordonnance du 19 juin 1972 (RS 814.201).

[144] Le TF relève par ailleurs qu'en tout état de cause, l'instance fédérale de recours peut revoir l'opportunité des décisions prises en application de cette législation fédérale (art. 10 LPEP).

1. *Les limites résultant de l'ordre juridique en général*

Dans son activité, la commune se doit à l'évidence de respecter le droit tant fédéral que cantonal, comme d'ailleurs son propre droit.

Il est surtout intéressant de relever les limites que rencontre la commune dans la *Constitution fédérale*. C'est plus particulièrement dans son activité normative en général et lorsqu'elle se fonde directement sur son autonomie pour créer du droit ou déployer une activité d'administration libre [145], que la commune risque d'entrer en conflit avec des principes constitutionnels. On en trouve de nombreux exemples dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, à propos de litiges opposant des communes à des particuliers, ou à des autorités cantonales de surveillance.

En premier lieu, la commune ne doit pas violer les *droits constitutionnels des citoyens*. Le plus souvent, elle se voit reprocher d'avoir porté atteinte à la garantie de la propriété privée, par exemple en établissant un plan communal des zones [146]. Mais il arrive aussi qu'on prétende qu'elle viole la liberté du commerce et de l'industrie, généralement lorsqu'elle institue un monopole, par exemple en matière d'installations électriques, ou encore d'affichage [147]. On citera encore la liberté de conscience et de croyance, qui peut être transgressée par un règlement communal de cimetière [148], en précisant que le contenu de ce droit constitutionnel est moins astreignant pour les cantons que pour les communes : celles-ci ne peuvent en effet prélever sur leur budget général une contribution aux frais du culte, alors que ceux-là le peuvent [149].

Bien entendu, dans toute son activité, la commune est limitée par les principes découlant de l'article 4 de la Constitution. Dès lors qu'elle exerce un pouvoir d'appréciation, elle se voit surtout reprocher d'en avoir abusé ou de l'avoir excédé. On peut en donner un exemple typique : le découpage des zones à bâtir que des autorités communales pratiqueraient de façon à porter volontairement préjudice à un propriétaire déterminé, ou au contraire de

---

[145] Cf. ci-avant, p. 55.

[146] ATF 99 I a) 712 « AG. Grand Hotels Engadiner Kulm » ; ATF 99 I a), p. 581 ss « Bernasconi ».

[147] ATF 100 I a), p. 445 ss « AWAG » (affichage) ; ATF 95 I 144 « Züst » (installations électriques intérieures) ; sur les monopoles des services industriels communaux : GRISEL, p. 124 ss. Cf. également arrêt « Lydia M. c/ Tribunal cantonal de Berne et ville de Berne », du 15 décembre 1976, *Zbl.*, 1977, p. 348 et la jurisprudence citée (interdiction communale de pratiquer la prostitution dans certains quartiers).

[148] ATF 101 a), p. 392 ss « commune de Hünenberg ».

[149] ATF 99 I a), p. 741 ss « Galland ».

façon à favoriser tel autre propriétaire [150]. En ce qui concerne l'*égalité de traitement*, il faut apporter une nuance : le citoyen a sans doute le droit d'exiger une réglementation communale qui le traite sur le même pied que les autres citoyens de la commune, mais ce droit ne lui appartient pas s'il se compare aux citoyens d'une autre commune. En effet, l'obligation de respecter l'égalité entre les administrés ne s'impose à la commune, lorsqu'elle est compétente pour réglementer un domaine, que dans les seules limites de son territoire ; elle n'a nullement l'obligation de s'aligner sur la réglementation plus favorable ou plus sévère des communes voisines [151]. Car l'autonomie communale a précisément pour conséquence une inégalité possible — et licite — entre les personnes formant la collectivité supérieure [152].

Par ailleurs, la commune doit se conformer aux *principes généraux non écrits* de la Constitution [153]. Ses règlements ne peuvent par exemple avoir un effet rétroactif, sans respecter les conditions jurisprudentielles auxquelles celui-ci est admissible [154]. Elle doit également respecter les règles de la bonne foi dans ses rapports avec les administrés, en traitant une demande de permis de construire par exemple [155]. Elle ne peut en outre user de ses compétences qu'à la condition de pouvoir se prévaloir d'un intérêt public suffisant : c'est ainsi que la décision d'une commune de soutenir financièrement le mouvement en faveur de la réunion des deux demi-cantons de Bâle fut annulée pour défaut d'intérêt public [156]. A l'inverse, le fait qu'une commune fasse de son autonomie l'objet d'un contrat a été jugé admissible [157].

---

[150] En revanche, si la commune n'a pas pris des décisions contradictoires et si les circonstances dans lesquelles elle a refusé de classer une parcelle n'étaient pas semblables à celles dans lesquelles elle en avait récemment classé d'autres, il n'y a pas abus du pouvoir d'appréciation (arrêt non publié « commune de Maienfeld » du 18 septembre 1974).

[151] ATF 97 I, p. 515 « commune de Romanel ».

[152] Quant au droit d'être entendu découlant de l'art. 4 Const., il doit être respecté même en l'absence d'une règle communale : arrêt « commune de Davos », du 26 janvier 1977, *Zbl.*, 1977, p. 319 ss.

[153] Sur cette notion, cf. GRISEL, p. 160 ss ; MACHERET, p. 141.

[154] ATF 102 I a), p. 70 ss « commune de Bergün ».

[155] ATF 99 I a), p. 66 ss « commune de Laufon ». Sur le respect du principe de la proportionnalité, cf. l'arrêt « commune de Davos » cité note 152.

[156] Arrêt « commune de Binningen », du 5 mai 1949, *Zbl.*, 1949, p. 356 ss. Une minorité des juges avait toutefois considéré qu'il y avait là un intérêt économique de la commune.

[157] *Zbl.*, 1951, p. 358 (décision cantonale SZ) : en l'espèce, la commune s'était engagée à faire valoir son autonomie à l'encontre des autorités cantonales, pour protéger le monopole de fait résultant de la concession qu'elle accordait à une entreprise privée d'électricité ; il a été jugé qu'elle ne commettait pas d'abus d'appréciation et qu'elle agissait ainsi pour défendre ses intérêts et ceux de ses habitants.

2. *Les limites découlant des compétences cantonales ou fédérales*

Chaque fois que le canton ou la Confédération s'attribuent une compétence, celles de la commune diminuent d'autant. Elles pourraient d'ailleurs aller jusqu'à disparaître complètement, et nous verrons plus loin si la portée de l'autonomie pourrait être ainsi réduite à néant [158].

La commune perd sans doute toute compétence lorsque la collectivité supérieure décide de se réserver une compétence *exclusive* [159]. En revanche, certaines compétences communales peuvent continuer à s'exercer à titre *provisoire*, soit tant que le canton ou la Confédération n'ont pas fait usage, partiellement ou complètement, de compétences *concurrentes* qu'ils se sont attribuées [160]. C'est par exemple le cas en matière de protection de l'environnement : la Confédération dispose d'une clause générale de compétence [161], dont elle ne s'est pas encore servi pour légiférer ; dans la mesure où les cantons ne l'ont pas fait, les communes peuvent continuer à réglementer la lutte contre le bruit ou la pollution de l'air [162].

Mais surtout, la portée de l'autonomie pourra se trouver restreinte lorsque les collectivités supérieures usent de compétences *parallèles* à celles des communes. Si le droit supérieur prévoit la priorité en cas de conflit, ce qui est généralement le cas, il n'y a pas de problème particulier [163]. En l'absence

---

[158] Cf. ci-après, p. 155 s.

[159] Cf. par exemple pour les mesures de protection des eaux, *JAAC*, 1974, No 105 (p. 83) et ci-avant, p. 107 s.

[160] Sur les compétences concurrentes de la commune, cf. ci-avant, p. 136 s. à propos du champ de l'autonomie, lequel est en cause ici autant que la portée de l'autonomie.

[161] Art. 24 septies Const. (protection de l'homme et de son milieu naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodantes).

[162] Dans ce domaine, la Confédération a certes édicté depuis longtemps des règles et des prescriptions techniques sur certaines sources de nuisances comme le trafic routier et la navigation aérienne (sur la base des art. 37 bis et 37 ter Const.), ainsi que dans la législation sur le travail. En outre, les cantons ont légiféré plus ou moins strictement dans ce domaine à propos de police des constructions, du commerce et de la santé publique. Il reste que le droit communal conserve encore un vaste champ d'application à cet égard, en particulier dans la police des constructions (réglementation des activités incommodantes). Cf. à ce sujet « Schweizerisches Umweltschutzrecht », recueil édité par H.-U. Müller-Stahel, Zurich, 1973 (en particulier H. Rey, *Genereller Immissionsschutz* », p. 193 ss ; K. Oftinger, *Lärmbekämpfung*, p. 290 ss et *Lufthygiene*, p. 313 ss ; parmi diverses contributions).

[163] On trouve de nombreux cas de ce genre dans l'aménagement du territoire : la planification communale peut se voir par exemple écartée par des mesures cantonales de protection des sites ou de localisation industrielle, cf. les arrêts cités ci-après, p. 155, (notes 25 et 26).

d'une règle de conflit, il y aura une balance égale à faire entre les intérêts en présence. Cela revient à déterminer si les intérêts que la commune assume en l'occurrence doivent ou non prévaloir sur ceux que la collectivité supérieure poursuit dans le domaine considéré [164], compte tenu de l'*intérêt général* dont la collectivité supérieure a la charge. On examinera par exemple jusqu'à quel point il faut respecter l'intérêt de la commune à assurer son approvisionnement en eau potable, sans que cela entrave l'application du droit fédéral ou cantonal en matière de protection des eaux contre la pollution [165].

Enfin, dans l'exercice de leurs compétences, les cantons ou la Confédération peuvent prendre des décisions qui restreignent *indirectement* les compétences communales. Ce sera le cas lorsqu'il n'y a pas de rapport juridique direct entre l'acte de la collectivité supérieure et des compétences communales déterminées [166] : fixation d'une indemnité d'expropriation due par la commune [167], décision sur des subventions liées ou non qui lui sont destinées [168], décision engageant sa responsabilité civile, ou encore décision de répartition fiscale intercommunale [169]. Lorsque de telles décisions ont pour effet de porter gravement atteinte au fondement même des finances communales, et par là entravent, voire paralysent certaines activités de la commune, il est certain que la portée globale des compétences autonomes en est indirectement affectée. Nous pensons toutefois que ces mesures de caractère financier, susceptibles de rendre illusoire l'exercice de compétences autonomes, doivent plutôt être assimilées à des actes étatiques menaçant l'existence même de la commune [170].

---

[164] Cf. ATF 103 I a), p. 182 ss « commune de Savognin » (GR) : conflit entre un plan de zones communal et un projet cantonal de construction de route, projet jugé trop incertain par le TF qui a admis le recours.

[165] *JAAC*, 1974, N° 105 (p. 80) décision du Conseil fédéral du 1er mai 1974.

[166] Cf. MEYLAN, p. 70 s. : il peut s'agir d'un acte simplement matériel ou d'un acte juridique dont les conséquences sont de pur fait. Selon la jurisprudence actuelle, la commune ne peut former un recours de droit public contre des restrictions indirectes, cf. ci-après, p. 162 ss.

[167] Dans un arrêt non publié « commune de Brugg », du 17 février 1970 (cité par MEYLAN, p. 71), le TF a déclaré le recours de la commune irrecevable.

[168] L'arrêt « commune de Dübendorf », du 10 décembre 1974, *Zbl.*, 1974, p. 298 ss, constitue une exception à cet égard ; cf. ci-après, p. 163 s. S'agissant de subventions fédérales, la commune peut toutefois former éventuellement un recours administratif, cf. ci-après, p. 203 et note 205.

[169] *Zbl.*, 1975, p. 103 s., arrêt « communes de Hohtenn et Steg », du 18 septembre 1974.

[170] Cf. ci-après, p. 164 s.

3. *Les limites découlant du pouvoir de surveillance*

Nous avons déjà dit la relation qu'il y a entre la portée du pouvoir étatique de surveillance et celle des compétences communales [171]. Il faut ajouter ici que le fait d'être autonome ne confère pas a priori à la commune un droit à ce que ce pouvoir de surveillance se limite à la légalité [172]. C'est le droit positif qui fixe l'étendue du contrôle exercé sur l'activité communale, avec les difficultés d'interprétation que cela suppose, car la législation cantonale est rarement claire à ce sujet [173].

a) *Le contrôle de la légalité*

Le canton peut toujours revoir la légalité des actes communaux. Mais on peut se demander si ce contrôle ne devrait pas être pratiqué sous l'angle limité de l'*arbitraire* lorsqu'il s'agit de l'interprétation du droit communal autonome. En effet, comme c'est à la commune qu'il incombe en premier lieu d'appliquer sa propre réglementation, on a proposé [174] que le canton n'intervienne dans ce cas que si l'interprétation donnée par la commune est nettement fausse. L'idée est judicieuse, dans la mesure où l'on propose en contrepartie de reconnaître au canton le droit de se tromper au détriment de la commune lorsqu'il applique ses propres lois, tant que son interprétation n'est pas abusive. Mais dès lors que cette restriction s'appliquerait au contrôle juridictionnel de l'activité communale, elle ne nous paraît pas tolérable à l'égard des administrés, qui se verraient ainsi traités différemment devant les instances cantonales de recours selon que la décision communale qu'ils contestent se fonde sur une réglementation communale ou sur le droit cantonal [175]. En outre, cela reviendrait à réduire les voies de recours cantonales à la voie étroite du recours pour arbitraire, donc à supprimer pratiquement la double instance cantonale et fédérale. D'ailleurs, le droit positif ne donne

---

[171] Cf. notre première partie, p. 65 ss, auxquelles nous renvoyons le lecteur pour la notion de pouvoir de surveillance sur les communes.

[172] Cf. ZWAHLEN, p. 643 ss, qui propose un contrôle limité de l'opportunité pour les affaires où l'intérêt local l'emporte, même en cas de règle légale ou d'interprétation contraires, sous peine de faire matériellement perdre à l'autonomie son caractère de droit constitutionnel. Cela nous paraît aller trop loin. Sur la conception opposée : MEYLAN, p. 73 s.

[173] Cf. ZWAHLEN, p. 643 ss ; ZIMMERLI, p. 262.

[174] ZWAHLEN, p. 642.

[175] Dans le même sens, MEYLAN, p. 77.

aucun exemple d'une telle restriction du contrôle de la légalité des actes communaux. Quant au Tribunal fédéral, il a au contraire eu l'occasion d'annuler une décision cantonale, pour le motif que l'autorité de recours s'était contentée de contrôler sous l'angle de l'arbitraire une décision communale restreignant la propriété privée [176]. Même dans l'application de son propre droit, il ne se justifie pas que la commune ait un droit à l'erreur.

Rappelons encore que le contrôle de la légalité s'étend à l'appréciation portée par la commune, mais sous l'angle de l'arbitraire seulement [177]. Le canton a toujours le droit d'intervenir dans des questions d'opportunité s'il y a abus ou excès du pouvoir d'appréciation ; la commune bénéficie en revanche du droit de commettre une simple *erreur d'appréciation*. On sait que la distinction entre questions de droit et questions d'opportunité est délicate et fait l'objet de controverses [178]. Il est généralement admis que l'interprétation de toutes les notions juridiques indéterminées pose un problème de *droit* [179]. Ainsi la notion d'intérêt public : apprécier les besoins futurs d'une collectivité publique, d'une commune par exemple, est une question de droit, qu'un tribunal administratif pourra revoir. Une exception est cependant faite lorsque, pour appliquer une notion indéterminée, il faut prendre en considération des éléments concrets, en particulier des circonstances locales : on admet alors que l'autorité d'application, en l'occurrence la commune, bénéficie d'une *latitude de jugement*, qui ne peut être revue qu'avec retenue dans le cadre d'un examen de la légalité [180]. Dans cette hypothèse, la portée de l'autonomie communale se trouve sans nul doute renforcée.

b) *Le contrôle de l'opportunité*

Le contrôle de l'opportunité des actes communaux, lorsque le canton en dispose *sans limite* dans un domaine donné, voire de manière générale [181], constitue incontestablement une grave restriction de la portée de l'autonomie : la commune n'a alors plus aucun droit de décision. Lorsque ce contrôle

---

[176] ATF 99 I a), p. 715 « AG Grand Hotels Engadiner Kulm » : l'autorité cantonale n'avait pas revu librement la pesée des intérêts en présence.

[177] Cf. par exemple B. Knapp, *Le pouvoir d'examen des organes du contentieux administratif fédéral et genevois*, *Zbl.*, 1971, p. 406 s.

[178] Cf. note 117 ci-avant.

[179] Cf. B. Knapp, *op. cit.* (note 177), p. 410 s. ATF 100 I a), p. 86 « commune de Montana » (notion d'esthétique).

[180] Cf. ci-après, p. 160 s. Cette latitude est exclue lorsque le contrôle s'étend à l'opportunité : *Zbl.*, 1974, p. 434 « commune de Schwyz », du 22 mai 1974.

[181] Ainsi à ZG : ATF 101 I a), p. 396 « commune de Hünenberg ».

a un caractère *limité*, dans le sens où il ne s'exerce que dans certaines circonstances exceptionnelles [182], on relèvera que la commune est encore dépendante de l'appréciation que le canton portera sur l'existence ou non de telles circonstances. Il se peut que le droit positif précise ces circonstances par une disposition valable en général [183], ou dans un domaine particulier, par exemple en matière d'aménagement local du territoire, lorsqu'il réserve des motifs de planification régionale justifiant une intervention en opportunité [184].

Dans le cadre de ce contrôle limité, la portée de l'autonomie peut donc se voir considérablement restreinte, lorsque le canton interprète extensivement les conditions légales dont la réalisation autorise un examen de l'appréciation portée par la commune. Cette manière de procéder nous paraît très contestable, notamment quand les autorités cantonales y recourent pour procéder à un aménagement régional [185] ou pour imposer une collaboration intercommunale [186]. Cela revient à tolérer que, en prenant prétexte d'un vague conflit d'intérêts publics [187], l'exécutif s'attribue des compétences accrues, dans des domaines où le législateur a précisément voulu les limiter à des cas exceptionnels. Il y a là pour le moins une entorse au principe de la séparation des pouvoirs [188].

Enfin, lorsque le pouvoir de surveillance de l'Etat n'est *pas délimité* quant à son étendue, il faut à notre sens admettre de façon restrictive les cas dans lesquels l'Etat peut entrer dans des considérations d'opportunité. Nous pensons que le Tribunal fédéral est allé un peu loin dans l'arrêt commune de Ritzingen [189], lorsqu'il a déclaré que, dans le cadre d'un contrôle de la léga-

---

[182] Cf. ci-avant, p. 68 s.

[183] Par exemple, VD, art. 137 LC.

[184] Rappelons que selon le projet de LF sur l'aménagement du territoire (cf. ci-avant p. 107, note 55), tous les plans d'affectation communaux devaient être obligatoirement revus par les cantons quant à leur opportunité.

[185] Dans le même sens, MEYLAN, p. 79.

[186] Cf. ATF 97 I, p. 514 ss « commune de Romanel », où le TF a admis, sous l'angle de l'arbitraire, il est vrai, que la décision communale d'autoriser l'ouverture nocturne d'un grand magasin portait directement atteinte aux intérêts légitimes des communes voisines. Dans ce domaine, il n'existait aucune réglementation cantonale subsidiaire, et le Conseil d'Etat vaudois était intervenu en opportunité sur la base de son seul pouvoir de surveillance selon l'art. 137 LC.

[187] Cf. l'arrêt « commune de Romanel » précité, p. 516 : selon le TF, les intérêts légitimes en cause étaient ceux d'une partie assez importante de la population des communes de l'agglomération lausannoise, soit les commerçants, ainsi que l'intérêt public qu'il y a à assurer la tranquillité nocturne de cette population.

[188] Cf. les réserves faites par le TF dans l'arrêt « commune de Romanel » précité, p. 518.

[189] ATF 101 I a), p. 262. Cette jurisprudence a été depuis confirmée par ATF 103 I a), p. 185 « commune de Savognin ».

lité, le canton doit examiner les plans communaux des zones en tenant compte des intérêts supérieurs cantonaux et fédéraux, et que, pour ce faire, il est en droit de pratiquer un contrôle qui se situe entre celui de la légalité et celui de l'opportunité [190]. Sous réserve d'une longue pratique cantonale contraire, l'exception ne doit pas devenir la règle. L'autonomie communale perdrait l'essentiel de sa portée si elle pouvait être proprement gommée par les autorités de surveillance chaque fois que d'autres intérêts publics sont en présence. Seule la loi peut le faire, soit en étendant expressément la portée de la surveillance, soit en définissant avec une clarté suffisante les intérêts publics prioritaires [191].

Il reste encore une question : lorsque le droit cantonal est muet sur l'étendue de la surveillance d'office, peut-on la déduire de celle expressément reconnue aux instances chargées du contrôle juridictionnel ? Cela ne va pas de soi. Le Tribunal fédéral l'a admis [192], sous l'angle limité de l'arbitraire il est vrai. Là aussi, la pratique cantonale sera déterminante.

---

[190] Dans le même domaine de l'aménagement du territoire, le TF avait déclaré sans en donner la justification que les compétences des communes vaudoises étaient soumises à un contrôle de l'opportunité qui n'est pas prévu expressément par la loi cantonale : ATF 98 I, p. 434 « commune de Cully » ; opinion qu'il a toutefois précisée dans un arrêt non publié « commune de Lutry » du 10 octobre 1973, où il relève avec raison que ce contrôle étendu est nécessaire puisque c'est le gouvernement cantonal qui statue sur les oppositions de particuliers à des plans d'affectation communaux.

[191] Comme le relève MEYLAN, p. 79, lorsque le législateur ne dit rien, il faut présumer qu'il a été conséquent avec lui-même.

[192] ATF 101 I a), p. 396 « commune de Hünenberg » (ZG) pour le pouvoir général de surveillance d'office du canton.

CHAPITRE II

Les violations de l'autonomie

Le champ d'application et la portée de l'autonomie ne sont pas illimités. Mais à l'inverse, des actes étatiques peuvent les restreindre d'une manière inadmissible. L'autonomie communale serait inopérante si la commune n'était pas en mesure de faire respecter, dans certaines circonstances, ses compétences [1]. Tant la doctrine que le Tribunal fédéral se sont donc attachés à définir les conditions auxquelles une restriction ou une atteinte [2] à l'autonomie doivent être considérées comme une violation illicite de celle-ci.

Le Tribunal fédéral distingue selon que l'atteinte prétendue a ou non un caractère juridique : il entend par là l'existence ou l'absence d'un lien direct entre un acte de la puissance publique cantonale et une compétence autonome de la commune [3]. Nous examinerons donc d'abord les violations résultant directement de la loi (section I), puis celles résultant directement d'actes cantonaux d'application (section II). Nous consacrerons la fin du chapitre (section III) aux atteintes indirectes.

---

[1] Nous examinons ici le seul contentieux fédéral de l'autonomie. Sur la protection juridictionnelle des communes dans les cantons, cf. ci-après, p. 168 ss.

[2] MEYLAN, p. 71, distingue la restriction — actuelle ou virtuelle — qui est le fait du législateur, des atteintes proprement dites par un acte individuel, lesquelles se produisent dans les limites du champ de l'autonomie. Nous n'avons pas repris strictement cette distinction.

[3] Cf. ci-après, p. 162 ss (lien indirect).

Section I

Les violations résultant de la loi

Remarquons préalablement que le *constituant* ne saurait porter atteinte de manière illicite à l'autonomie [4]. Toutefois, le constituant cantonal peut éventuellement léser les droits constitutionnels qui protègent la commune, en tant qu'elle est assimilée à un particulier [5]. Ce sera alors à l'Assemblée fédérale de trancher, en accordant ou non sa garantie à la disposition litigieuse [6].

Le champ et la portée de l'autonomie étant, nous le savons, très généralement définis par la loi, le *législateur* cantonal bénéficie d'une très grande liberté pour accorder ou retirer des compétences aux communes, ainsi que pour étendre la portée du contrôle exercé sur celles-ci. Ce n'est que dans le cas très rare d'une tâche expressément réservée à la commune par la Constitution, ou lorsque la portée de la surveillance sur des compétences déterminées fait exceptionnellement l'objet d'une norme du même rang, que le législateur se trouve placé devant une limite précise [7].

---

[4] Ni le constituant cantonal, ni le constituant fédéral. Il en irait autrement si la Constitution fédérale contenait des règles sur l'autonomie communale, ce qui n'est pas le cas (cf. ci-avant, p. 99 ss) ; le constituant cantonal serait alors lié par ces règles.

[5] Cf. ci-après, p. 193 s.

[6] Ainsi, la garantie fédérale avait été refusée en 1958 à une disposition de la Const. VD selon laquelle la vente à la Confédération, par une commune, de terrains destinés à une place d'armes, était subordonnée à l'accord des communes voisines. L'Assemblée fédérale avait estimé que cette disposition était contraire à l'art. 4 Const. fédérale, parce qu'elle restreignait sans raison suffisante le droit des communes à disposer de leur patrimoine privé.

[7] Rappelons qu'en règle générale, les constitutions cantonales se réfèrent simplement à la notion de tâches propres, laquelle est particulièrement imprécise. Cf. ci-avant, p. 59 ss.

1. *La violation de la garantie institutionnelle*

Le législateur ne saurait cependant porter atteinte à l'autonomie en tant qu'institution constitutionnelle — soit la décentralisation politique par les communes — en vidant cette institution de sa substance. En effet, la garantie politique qu'est l'autonomie [8] s'impose à lui et, comme la doctrine l'a relevé, son contenu essentiel doit être protégé dans l'absolu, au même titre que le contenu de la garantie de la propriété ou des libertés personnelles [9].

Mais il faut bien reconnaître que le mandat impératif ainsi donné au législateur demeure très vague. Le problème de la définition d'un *résidu irréductible* de compétences communales, autrement dit d'un noyau intangible de l'autonomie, ne nous paraît guère soluble [10]. On ne peut que donner quelques exemples, qui restent très théoriques.

En premier lieu, le législateur ne saurait ignorer complètement les communes. En outre, il violerait la Constitution en supprimant l'un ou l'autre des traits essentiels de la décentralisation politique : ainsi la loi qui supprimerait le droit de vote en matière communale [11], celle qui nierait les compétences résiduelles en n'attribuant à la commune que des tâches déléguées [12], ou encore celle qui priverait les communes de tout pouvoir normatif [13].

Il est en revanche beaucoup plus délicat d'établir si une loi cantonale, sans les abroger expressément, rend illusoire l'exercice des compétences fondamentales que nous venons de voir ou d'autres encore, considérées comme primordiales, comme certaines fonctions corporatives [14]. Il s'agit

---

[8] Cf. ci-après, p. 173 s. la justification qu'en donne le TF.

[9] Dans le même sens, MEYLAN, p. 93 s. ; JAGMETTI, p. 344 ; ZIMMERLI p. 263 ; ZWAHLEN, p. 639 s.

[10] Cf. MOOR, p. 1645, note 52, qui juge juridiquement impossible de distinguer entre un transfert « quantitatif » de compétences à l'Etat et un transfert « qualitatif ».

[11] A notre sens, elle serait d'ailleurs contraire au droit fédéral (art. 43 Const.) sur les droits politiques du citoyen communal (cf. ci-avant, p. 96 et 100).

[12] C'est ce que semble prévoir, formellement tout au moins, l'art. 3 LC GE, lorsqu'il dit que « l'administration communale s'étend à tous les domaines que les lois placent dans les attributions des communes » ; à notre avis, cela n'exclut toutefois pas des compétences résiduelles, mais éventuellement leur caractère général.

[13] En posant par exemple le principe que les communes sont exclusivement chargées de l'exécution des lois cantonales. On peut encore concevoir qu'une loi cantonale reconnaisse une liberté d'appréciation relativement importante aux communes (au sens de la jurisprudence actuelle du TF), mais déclare en même temps qu'il ne s'agit pas d'autonomie communale au sens de la Const. : en pratique, plutôt que d'interpréter ainsi sa Const., le canton préférerait en proposer une révision.

[14] Par exemple le pouvoir d'organisation et les compétences financières (en particulier le pouvoir fiscal). Cf. ci-avant, p. 57 et 87 ss.

d'ailleurs plutôt d'atteintes indirectes, au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral [15]. En pratique, seule une loi portant sur les finances communales pourrait à notre avis être contestée avec quelque chance de succès, dans la mesure où elle porterait une atteinte intolérable aux fondements des finances communales dans un canton. Pour notre part, nous pensons qu'il faut plutôt voir là une atteinte éventuelle à la garantie de l'existence des communes, qu'il s'agisse de l'institution elle-même ou de l'existence de certaines communes [16].

Nous pensons enfin à une loi qui instituerait un contrôle *généralisé* de l'opportunité de toutes les décisions et activités communales : dans la plupart des cantons tout au moins, elle serait inconstitutionnelle. En revanche, il nous semble difficile de faire le même reproche à la loi qui prévoirait un contrôle illimité de l'opportunité dans un canton où la pratique des autorités de surveillance a pris valeur de coutume [17].

Dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, on ne trouve pas d'exemple de loi cantonale qui aurait effectivement violé le principe constitutionnel de l'autonomie. La question de la garantie institutionnelle de l'autonomie n'a d'ailleurs été évoquée devant notre Cour suprême qu'en de rares occasions. Citons l'arrêt commune d'Erlenbach [18] : des communes zurichoises s'en étaient prises à une loi cantonale sur la péréquation financière intercommunale ; elles furent déboutées, à juste titre à notre avis, mais avec des considérants un peu sévères quant à la garantie de l'institution [19]. Dans un arrêt ultérieur commune de Lausanne, où le recours était dirigé contre un décret du parlement fixant le traitement des instituteurs de manière uniforme pour toutes les communes, le Tribunal fédéral a cependant posé au passage le principe d'un contenu constitutionnel de l'autonomie, sans en dire plus [20].

2. *Autres violations possibles*

Sans s'en prendre à l'institution, la loi cantonale peut violer d'autres *règles constitutionnelles*. Nous ne connaissons pas d'arrêt du Tribunal fédéral où une atteinte à des compétences communales réservées par la Consti-

---

[15] Cf. ci-après, p. 162 ss.

[16] Cf. ci-avant, p. 45 ss.

[17] Ce qui paraît être le cas à ZG (ATF 101 I a), p. 395 « commune de Hünenberg »).

[18] ATF 93 I, p. 445 ss.

[19] Arrêt précité, p. 446. Cf. ZIMMERLI, p. 263.

[20] ATF 94 I, p. 455 ss. ZIMMERLI, p. 264, nous paraît un peu trop affirmatif sur ce point.

tution aurait été jugée illicite [21]. On trouve en revanche dans la jurisprudence des cas où le législateur, en réglementant des activités communales autonomes, s'est mis en contradiction avec des principes constitutionnels généraux comme la liberté de croyance par exemple [22]. La loi cantonale peut également être entachée d'arbitraire à l'égard des communes ou d'une commune en particulier (lorsqu'elle traite un cas d'espèce par exemple) [23].

Enfin, le législateur peut encore créer des *conflits potentiels* d'autonomie, lorsqu'il confère à l'exécutif des compétences parallèles ou concurrentes à celles de la commune, en matière d'aménagement du territoire par exemple [24]. Selon la manière dont le gouvernement use de ses compétences, notamment s'il empiète sur celles de la commune, il peut en résulter une atteinte à l'autonomie. Le Tribunal fédéral a jugé que cette atteinte était illicite, lorsque l'acte cantonal était arbitraire [25]. Dans un arrêt antérieur, le Tribunal fédéral avait en outre exigé que le canton puisse se prévaloir d'un intérêt public suffisant, en laissant ouverte la question du libre examen des intérêts en présence [26]. Il nous paraît entièrement justifié que la commune soit protégée dans de telles circonstances, qui ne peuvent que se multiplier avec l'imbrication croissante des tâches publiques [27].

---

[21] Cf. ATF 103 I a), p. 192 ss « commune de Moosseedorf », cons. 3 où la question est résolue par la négative en l'absence d'une règle constitutionnelle conférant directement une compétence à la commune en matière de fermeture des magasins. La question de savoir si la loi pouvait être arbitraire n'a pas été abordée en l'espèce, la commune ne pouvant invoquer ce seul grief dans un recours de droit public.

[22] ATF 52 I, p. 353 ss « commune de Frauenfeld » (loi cantonale qui interdisait aux communes d'introduire l'incinération).

[23] Cf. l'arrêt « commune de Moosseedorf » précité, note 21 ci-avant.

[24] Ainsi les conflits qui se sont concrétisés et ont donné lieu aux arrêts « commune de Bachs » et « commune de Grandson » cités ci-après.

[25] ATF 96 I, p. 234 ss « commune de Bachs » (ZH).

[26] ATF 94 I, p. 541 ss « commune de Grandson » (VD).

[27] Cf. Moor, p. 1633 s. et 1642.

Section II

Les violations résultant d'actes cantonaux d'application

Ces actes d'application sont essentiellement les décisions prises par le canton dans son activité de surveillance, d'office ou sur recours [28].

1. *Les atteintes possibles*

Les atteintes possibles par des actes d'application peuvent se répartir en trois catégories.

En premier lieu, l'Etat, en exerçant un contrôle de la légalité, peut considérer à tort qu'il y a une *illégalité* ou substituer à une solution communale légale une *solution illégale*. En second lieu, il peut se tromper en exerçant un contrôle de l'opportunité : l'atteinte possible consistera simplement à substituer à une solution communale opportune une *solution inopportune*. On est en présence d'un abus du pouvoir d'appréciation [29].

Dans ces deux catégories, l'atteinte pourra notamment se produire lorsque l'Etat refuse d'approuver un règlement communal, ou qu'il est amené à l'interpréter, sur recours d'un particulier par exemple.

En troisième lieu, le canton peut *excéder ses compétences* : ainsi lorsqu'il s'arroge une compétence qui ne lui appartient pas, par exemple en exerçant un contrôle de l'opportunité au lieu de celui de la légalité dans lequel il aurait dû se cantonner, ou encore en interprétant sous l'angle de la légalité une notion juridique indéterminée qui laisse à la commune une certaine latitude de jugement [30]. Ce sera de même le cas lorsqu'il ne respecte pas le principe de la proportionnalité dans le choix des moyens qui lui permettent d'intervenir dans la sphère d'activité communale, par exemple s'il fixe une augmentation du taux communal d'imposition, alors que l'injonction de réduire les dépenses aurait été suffisante pour atteindre le but recherché en empiétant le moins possible sur l'autonomie [31]. Il commet alors un excès de son pouvoir d'appréciation [32].

---

[28] Cf. ci-avant, p. 65 ss.

[29] Cf. note 32 ci-après.

[30] Cf. ci-après, p. 160 s.

[31] On en trouve l'exemple contraire dans ATF 100 I a), p. 268 ss « Bürgin ».

[32] Sur l'excès ou abus du pouvoir d'appréciation, cf. GRISEL, p. 171. A notre sens, il est toujours constitutif d'arbitraire. Contra : MEYLAN, p. 86.

Tous ces cas ne constituent cependant pas forcément une *violation* de l'autonomie que la commune peut invoquer avec succès devant le Tribunal fédéral.

2. *Les atteintes illicites selon la jurisprudence du Tribunal fédéral*

S'agissant des conditions auxquelles il y a violation de l'autonomie, le Tribunal fédéral a été pendant longtemps fort restrictif : il exigeait en principe une violation *formelle*, en ce sens que l'Etat devait s'être formellement arrogé une compétence qui ne lui appartenait pas [33]. Notre Cour suprême n'examinait en revanche pas les *motifs* qui fondaient la décision cantonale. Autant dire que la protection de la commune par le Tribunal fédéral se réduisait à peu de chose [34]. En effet, la plupart des atteintes possibles recensées plus haut échappaient à son examen. Le Tribunal fédéral n'était cependant pas toujours aussi strict : il lui arrivait d'admettre une atteinte illicite à l'autonomie lorsque le canton avait manifestement abusé de ses compétences, par exemple en construisant arbitrairement une illégalité de la part de la commune [35].

Cette jurisprudence a heureusement été modifiée dès 1965 [36]. Le Tribunal fédéral examine depuis lors s'il y a réellement illégalité commise par la commune [37], ou encore si le canton n'a pas excédé ses compétences, en se fondant sans le dire sur des considérations d'opportunité dans le cadre d'un contrôle limité à la légalité [38]. Il vérifie donc le fondement *matériel* des actes cantonaux, et cela, selon la jurisprudence actuelle [39], non seulement lorsqu'ils portent sur l'activité législative de la commune, mais également lorsque l'activité en cause relève de l'application du droit, communal avant tout, mais

---

[33] ATF 89 I, p. 114 s. « commune de Speicher ». ATF 65 I, p. 132 « commune de Hundwil » (cons. 2).

[34] Sur cette conception formelle, cf. MEYLAN, p. 81 s. ; ZIMMERLI, p. 259.

[35] *Zbl.*, 1955, p. 14 (ATF du 25 septembre 1954). Cf. en outre les arrêts antérieurs à 1965 cités par MEYLAN, p. 83, note 34.

[36] Cf. à ce sujet MEYLAN, p. 82 ss ; ZIMMERLI, p. 266 s.

[37] ATF 91 I, p. 45 « commune d'Ilanz » ; ATF 92 I, p. 374 s. « commune de Celerina ».

[38] *Zbl.*, 1965, p. 400 ss, arrêt « commune de Saint-Moritz » du 28 avril 1965.

[39] A l'origine, cette jurisprudence ne s'appliquait qu'à la seule activité réglementaire de la commune, cf. ZIMMERLI, p. 238 s. ; MEYLAN, p. 84. L'extension à l'activité administrative a eu lieu dans ATF 95 I, p. 37 ss « commune de Saint-Moritz ».

aussi cantonal ou fédéral [40]. Il va de soi que cette conception plus large de la violation de l'autonomie nous paraît tout à fait justifiée [41].

Le Tribunal fédéral a d'autre part fait un pas de plus lorsqu'il a admis que certaines notions juridiques indéterminées du droit *communal* confèrent à la commune, lorsqu'il s'agit de les appliquer à un cas concret, une *latitude de jugement* (« Beurteilungsspielraum ») que le canton ne peut revoir dans le cadre d'un contrôle de la légalité, ou du moins qu'il ne peut revoir qu'avec la retenue nécessaire [42]. La commune dispose de ce pouvoir d'appréciation lorsqu'il s'agit de tenir plus particulièrement compte de circonstances locales, que l'on est en présence d'un cas-limite et que l'interprétation est en outre difficile [43]. Cette jurisprudence a toutefois rapidement tendu à se faire plus restrictive. Les plus récents arrêts [44] insistent sur le fait que le degré d'indétermination de la notion à interpréter doit être particulièrement élevé et que de même les circonstances locales doivent peser d'un poids particulièrement déterminant dans l'appréciation juridique du problème à résoudre ; cela ne serait pas le cas, en général du moins, pour des notions d'esthétique des constructions [45]. On relèvera au passage que les litiges soumis à ce propos au Tribunal fédéral jusqu'ici concernaient presque exclusivement la police des constructions et le canton des Grisons [46].

Le Tribunal fédéral a justifié cette protection de l'autonomie en matière d'interprétation du droit communal en la fondant directement sur le principe de la garantie constitutionnelle de l'autonomie [47]. Nous l'approuvons pour notre part lorsqu'il déclare à ce sujet que la commune exerce la double fonction de légiférante et d'exécutante, et qu'elle est dès lors plus particulièrement appelée à indiquer le sens de la notion qui figure dans son droit [48]. Ou encore lorsqu'il dit que la commune doit être présumée avoir une meilleure connaissance des circonstances locales, circonstances qui jouent un rôle particulièrement important lorsqu'il s'agit d'interpréter une disposition du

---

[40] ATF 103 I a), p. 470 ss (cons. 5) « commune de Lugano » ; arrêt non publié du 13 décembre 1977 « commune de Brusio » (GR).

[41] Dans le même sens, ZWAHLEN, p. 642 et 649 ; ZIMMERLI, p. 267 ; MEYLAN, p. 82.

[42] Cette jurisprudence a été inaugurée dans ATF 96 I, p. 372 ss « commune de Flims » (GR) (notion d'accès suffisant).

[43] ATF 96 I, p. 373 « commune de Flims » précité.

[44] Arrêt « commune de Müstair » (GR) du 6 octobre 1976, *Zbl.*, 1977, p. 224 ss ; arrêt « commune de Luzein » (GR), du 11 mai 1977, *Zbl.*, 1978, p. 62 ss (avec résumé de la doctrine).

[45] Arrêt « commune de Luzein » cité note ci-avant.

[46] Cf. toutefois *Zbl.*, 1974, p. 433 ss « commune de Schwyz » du 22 mai 1974, dans un domaine un peu différent (routes communales).

[47] Arrêt « commune de Flims » précité, p. 372.

[48] Arrêt non publié « commune de Celerina c/Huder » du 2 octobre 1974.

droit communal des constructions [49]. Nous estimons également que cette meilleure connaissance mérite d'être protégée. Bien entendu, lorsque le pouvoir de contrôle étatique s'étend à l'opportunité, il ne saurait être question de protéger cette latitude de jugement contre la solution, légale, imposée par le canton [50].

En revanche, le Tribunal fédéral paraît encore très réticent, s'agissant d'admettre que le canton puisse violer l'autonomie communale en renvoyant, sous l'angle limité de la légalité, une éventuelle latitude de jugement de la commune dans l'interprétation du droit *cantonal* ou *fédéral* [51]. Certes, on ne peut invoquer exactement les mêmes motifs qu'à propos de l'interprétation du droit communal. Mais même si la commune n'apparaît plus comme la créatrice des normes, elle peut être chargée de les adapter à son territoire et à sa population : nous ne voyons pas pourquoi cette compétence ne devrait pas être respectée [52].

Nous verrons au chapitre suivant [53] qu'en recherchant s'il y a ou non violation de l'autonomie, le Tribunal fédéral limite le plus souvent son pouvoir d'examen à l'*arbitraire*. Cela signifie, si l'on reprend les catégories d'atteintes possibles, que le canton peut en règle générale invoquer des motifs légaux erronés, se tromper en substituant une solution inopportune à la solution choisie par la commune, ou encore étendre son pouvoir de contrôle à tort, tout cela tant qu'il demeure dans les limites du tolérable.

La question a été posée [54] de savoir si, s'agissant du *motif* pris par l'Etat pour intervenir, savoir une illégalité ou une erreur d'appréciation de la part de la commune, l'atteinte doit être *arbitraire* pour constituer une violation de l'autonomie. A notre sens, cette question de *l'atteinte qualifiée ou non* revient à se demander si l'autonomie, telle qu'elle découle du principe constitutionnel, est déjà violée dès que l'Etat a commis une simple faute dans l'exercice de son pouvoir de surveillance. Cette faute constituerait alors le *motif* du recours en matière d'autonomie, le Tribunal fédéral pouvant par ailleurs limiter sur d'autres points son pouvoir d'examen. L'autonomie communale étant un principe du droit constitutionnel cantonal, nous ne pensons pas que l'on puisse — pour l'ensemble des droits cantonaux — soutenir cette thèse, qui paraît en l'état peu compatible avec les principes du fédéralisme tels qu'ils sont posés par notre ordre juridique [55].

---

[49] Même arrêt.

[50] Cf. l'arrêt « commune de Schwyz » précité (note 46) ; ATF 99 I a), p. 254 « Jost » (AG).

[51] Cf. ci-avant, p. 140 ss.

[52] Dans le même sens, MEYLAN, p. 75 s.

[53] Cf. p. 185 ss.

[54] MEYLAN, p. 85 ss.

[55] Dans le même sens, MOOR, p. 1645 s. Cf. également ci-après, p. 191 s. (pouvoir d'examen du TF).

Section III

Les violations indirectes de l'autonomie

La commune peut se trouver lésée par un acte cantonal qui l'atteint dans des *intérêts de pur fait* ou par un acte qui n'a qu'une *portée matérielle* [56]. Son autonomie n'est alors pas en cause, ni d'ailleurs son existence, dans l'état de la jurisprudence [57]. Dans l'hypothèse d'une atteinte à l'existence, cela nous paraît discutable [58]. Mais il se peut également que la commune soit indirectement entravée, par un acte juridique du canton, dans l'exercice de ses compétences autonomes ou de certaines d'entre elles.

1. *L'atteinte indirecte à l'autonomie*

Jusqu'ici, le Tribunal fédéral a constamment refusé d'entrer en matière lorsque le recours de la commune se fonde sur le grief d'une atteinte indirecte à l'autonomie. Ce sera le cas par exemple lorsque la commune se voit privée d'une ressource fiscale de par la répartition intercommunale imposée par le canton [59]. Le Tribunal fédéral justifie en l'espèce son refus en déclarant que le litige se trouve placé en dehors du champ de l'autonomie communale, la commune n'exerçant aucune compétence dans le domaine considéré. Toutefois, si les communes ont le droit de déroger, par un accord intercommunal, à la réglementation fiscale prescrite par le droit cantonal, on retombe dans le champ de l'autonomie et le canton ne peut alors, par

---

[56] Cf. à ce sujet MEYLAN, p. 70 s.

[57] *Zbl.*, 1971, p. 427 « commune de Höri », du 23 décembre 1970.

[58] Cf. ci-après, p. 164 s.

[59] *Zbl.*, 1974, p. 104 « communes de Hohtenn et Steg » ; ATF 65 I, p. 132 s. « commune de Hundwil ». Cf. GRISEL, p. 137, qui admet que cette conception est discutable dans certains cas. Dans un arrêt non publié « commune de Péry » (BE), du 19 avril 1977, le TF a confirmé cette jurisprudence en jugeant qu'une décision de rattachement d'une commune à un nouveau syndicat hospitalier, décision qui entraînait une surcharge financière de la commune, ne portait aucune atteinte directe aux prérogatives communales en matière de budget, de comptes et d'impôts, donc n'empiétait pas sur son autonomie financière.

exemple, refuser arbitrairement d'approuver une convention intercommunale en la matière. Nous donnerons encore un autre exemple où, selon le Tribunal fédéral, le recours de la commune n'est pas recevable : lorsque l'Etat supprime une subvention non liée, ou dotation, que la commune avait déjà budgetée pour l'accomplissement d'une tâche autonome comme la prévoyance sociale [60]. La commune peut de la sorte se voir privée de la faculté de prendre certaines initiatives. En outre, l'Etat peut traiter les communes à sa guise, même s'il tombe dans l'arbitraire, dès lors que sa décision n'a pas un effet juridique direct sur des compétences autonomes. Cette solution ne nous paraît pas toujours satisfaisante, surtout si l'on tient compte du fait que le recours pour violation de l'autonomie est le seul que la commune puisse former devant notre juridiction constitutionnelle [61].

Il apparaît toutefois qu'une porte se soit entrouverte dans la jurisprudence de notre Cour suprême à l'occasion d'un arrêt récent commune de Dübendorf, du 11 décembre 1974 [62]. C'est cet arrêt que nous allons analyser ci-après.

Le Tribunal fédéral a d'abord admis qu'en droit zurichois, les communes jouissaient d'une certaine autonomie en matière de santé publique, plus particulièrement en ce qui concerne les hôpitaux régionaux. Ainsi, les communes zurichoises sont autonomes dans la mesure où elles ont la compétence de former avec d'autres communes une association intercommunale pour la gestion d'un hôpital régional [63]. En revanche, leur autonomie est restreinte pratiquement du fait que le canton subventionne largement cette activité. En l'espèce, le Conseil d'Etat zurichois avait décidé que les subventions ne seraient attribuées à la commune de Dübendorf qu'à la condition qu'elle se rattache à une nouvelle région hospitalière, en quittant donc l'association de communes dont elle faisait partie et qui administrait un hôpital régional existant. Juridiquement, le Conseil d'Etat n'exigeait pas de la commune qu'elle rejoigne la nouvelle association, ni d'ailleurs qu'elle quitte celle dont elle faisait partie. Mais cela revenait pratiquement au même, car la décision prise à propos de la subvention préjugeait sans aucun doute de l'appartenance future de la commune à la nouvelle association. En effet, selon la législation zurichoise sur les associations intercommunales en général, le canton est en droit d'imposer à une commune la participation à une association. La décision en matière de subventions créait donc la condition pour une

---

[60] Arrêt non publié « commune de Fribourg » du 10 juillet 1976.

[61] Cf. ci-après, p. 195 ss.

[62] *Zbl.*, 1975, p. 298 ss.

[63] Ce qui n'est par exemple pas le cas dans le canton de BE, où le rattachement à un syndicat hospitalier se fait d'office (arrêt non publié « commune de Péry » cité note 59 ci-avant.

affiliation obligatoire et atteignait en cela déjà la commune dans son autonomie. C'est le raisonnement qui a conduit le Tribunal fédéral à entrer en matière sur le recours et à l'examiner au fond, afin de savoir si l'autonomie de la commune de Dübendorf était violée [64].

Sur le fond, le Tribunal fédéral a jugé dans ce cas que le choix qu'avait fait la commune de Dübendorf d'entrer dans une association de communes, puis d'y rester, devait céder le pas devant les exigences de la planification hospitalière régionale et celles de l'utilisation rationnelle des subventions étatiques. Dans le cas contraire, soit si les communes demeuraient libres de ne pas quitter l'association de communes dont elles font partie, aucun nouvel hôpital ne pourrait être créé en pratique, tant il est évident qu'une telle construction entraîne un accroissement des charges que les communes supportent normalement dans ce domaine.

Il n'en demeure pas moins que dans cet intéressant arrêt, le Tribunal fédéral a examiné si les motifs invoqués par l'autorité cantonale, notamment ses pronostics et les éléments de sa planification, n'étaient pas insoutenables, alors même que l'atteinte éventuelle à l'autonomie communale n'était qu'indirecte. Nous pensons que cette solution doit être largement approuvée.

En résumé, en dehors du cas que nous venons de voir d'une atteinte indirecte à une compétence autonome très *précise,* le recours de la commune sera rejeté préjudiciellement, soit parce que les compétences indirectement menacées ont un rapport lointain avec la décision litigieuse ou encore sortent du champ de l'autonomie. Or, il est concevable que l'atteinte qui résulte d'un acte cantonal, principalement en matière financière, revête un caractère de gravité tel qu'il revienne à vider *l'institution* de son sens. Nous avons vu qu'il n'était guère possible de donner un contenu matériel définissable à l'autonomie [65]. Nous pensons en revanche que la détermination d'un contenu essentiel pourrait être moins délicate, considérée sous l'angle d'une atteinte éventuelle à l'*existence* des communes.

2. *L'atteinte indirecte à l'existence de la commune*

De fait, le Tribunal fédéral n'a été saisi que de rares recours fondés sur le grief que des mesures cantonales avaient pour effet de menacer gravement l'existence de la commune, telle qu'elle est garantie par les constitutions can-

[64] Examen qui s'est fait sous l'angle restreint de l'arbitraire en l'espèce.

[65] Cf. ci-avant, p. 155 s.

tonales [66]. Jusqu'à une époque récente, il s'était refusé à inclure dans cette garantie le pouvoir fiscal de la commune, ainsi que les éléments essentiels de ses ressources financières [67]. Depuis, notre Cour suprême a toutefois déclaré laisser ouverte la question de savoir si la décision cantonale qui reviendrait à vider de sa substance le fondement des finances communales, ne porterait pas atteinte à l'existence même d'une ou des communes d'un canton [68].

Il ne fait aucun doute pour nous que le Tribunal fédéral devrait examiner le moyen tiré de l'atteinte à l'existence, lorsque la commune prétend qu'un acte cantonal ébranle à ce point son équilibre financier qu'elle risque de ne plus pouvoir mener ses activités. Il ne faut cependant pas se leurrer : il ne peut s'agir que de situations extrêmes, dans lesquelles le fonctionnement de la commune serait presque totalement paralysé. Le plus souvent, la commune se verra contrainte de subir les effets de la décision cantonale, par exemple en augmentant ses impôts pour assumer une nouvelle tâche déléguée. Elle renoncera de ce fait à poursuivre tout ou partie de son activité au-delà des obligations minimales posées par le canton, et elle sera bien en peine de prouver que c'est son autonomie globale, en tant qu'institution, qui est ainsi bafouée. Il n'en ira autrement que si la commune est en mesure de réclamer la protection de son patrimoine privé [69].

En conclusion de ce chapitre, on peut dire que lorsqu'un acte cantonal ne touche pas — directement ou indirectement — des compétences autonomes déterminées, il est difficile de construire un cas de violation de l'autonomie. Si notre Cour suprême se voit malgré cela saisie de recours qu'elle doit déclarer irrecevables ou rejeter, pour le motif que l'atteinte au principe constitutionnel est artificiellement fondée, cela tient à notre conception de la juridiction constitutionnelle. Nous verrons en effet au chapitre suivant que le moyen tiré de la violation du droit à l'autonomie ou à l'existence est le seul que la commune peut invoquer dans un recours de droit public, sauf lorsqu'elle entend faire protéger des droits de nature privée.

---

[66] Cf. par exemple *Zbl.*, 1971, p. 427 « commune de Höri » (en relation avec l'extention de l'aéroport de Kloten).

[67] ATF 93 I, p. 446 « commune d'Erlenbach » et les arrêts cités.

[68] Arrêts « communes de Hohtenn et Steg » et « commune d'Erlenbach » précités (notes 59 et 67). La question est également demeurée indécise dans l'arrêt non publié « commune de Péry » du 19 avril 1977 (cf. note 59 ci-avant).

[69] Cf. ci-après, p. 175 ss. Il s'agit toutefois d'une jurisprudence extensive.

CHAPITRE III

Les voies de droit ouvertes à la commune

Rappelons que l'un des fondements essentiels de la décentralisation nous paraît être le droit des organismes décentralisés d'exiger, à certaines conditions, que la collectivité publique supérieure respecte leurs compétences [1]. Nous avons vu comment se définissent le champ et la portée des compétences autonomes des communes suisses. Il reste à examiner l'appareil procédural dont elles peuvent se servir pour défendre leur autonomie, ainsi que les autres voies et moyens de recours qui leur sont accordés ou refusés. Nous traiterons en premier lieu des voies de recours *cantonales* (section I), mais l'essentiel de notre propos sera consacré à la protection judiciaire des communes par des instances *fédérales*. Nous examinerons ainsi le recours de droit public pour violation de l'autonomie, notamment son fondement, les règles relatives à la qualité pour le former (section II) et le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral (section III), avant d'aborder la question plus générale de l'accès de la commune aux juridictions publiques fédérales (section IV).

[1] Cf. ci-avant, p. 17 ss.

Section I

La protection juridictionnelle des communes en droit cantonal

Seul jusqu'ici [2], le demi-canton de Nidwald a institué une *juridiction constitutionnelle* : il s'est en effet doté d'un tribunal constitutionnel, qui vérifie la constitutionnalité des lois, ordonnances et règlements tant cantonaux que communaux, et qui peut être en outre saisi des litiges relatifs à l'autonomie des communes et des autres collectivités locales [3]. Pour le reste, c'est de manière très générale dans l'organisation de la *juridiction administrative* des cantons qu'il faut chercher les règles applicables en cas de conflit entre une commune et une autorité cantonale, plus particulièrement la qualité de la commune pour recourir, les griefs qu'elle peut invoquer et les autorités qu'elle peut saisir d'un recours. On trouve en outre souvent des règles spéciales, relatives au contentieux des mesures de surveillance prises par l'administration cantonale ou de certaines d'entre elles.

La grande diversité des solutions adoptées par les cantons à ce sujet nous contraint à n'en exposer que les lignes générales [4]. Les communes ne pouvant s'en prendre aux décisions du législateur — au niveau cantonal tout au moins [5], ce sont uniquement les mesures prises par l'administration cantonale, ainsi que les prononcés juridictionnels rendus sur recours contre une décision communale, qu'elles peuvent éventuellement contester.

---

[2] Cf. la constitution du nouveau canton du Jura, qui institue également une juridiction constitutionnelle.

[3] Art. 69 Const. NW (al. 2, ch. 4 pour les conflits d'autonomie).

[4] Raison pour laquelle nos références ne sont qu'exemplaires. GEIGER, p. 156-181, en fait une analyse détaillée, mais qui se trouve en partie dépassée par l'introduction progressive de tribunaux administratifs dans de nombreux cantons, cf. ci-après, note 14. Cf. l'étude comparée très récente de KÖLZ, p. 99 ss, qui ne traite toutefois pas du contentieux des mesures de surveillance. Sur les autorités cantonales de la juridiction administrative : GRISEL, p. 524 ss.

[5] Sauf à NW, cf. notes 2 et 3 ci-avant.

1. *La protection contre les actes de l'administration cantonale*

Il s'agit tout aussi bien de mesures que l'administration cantonale prend en vertu du pouvoir de surveillance qu'elle exerce d'office — l'annulation d'une décision communale par exemple [6] — que d'autres décisions prises dans des affaires qui intéressent indirectement la commune, ainsi l'octroi d'une autorisation contre le préavis négatif exprimé par la commune [7].

Lorsque ces actes sont le fait d'une autorité administrative *inférieure*, autorité de district ou département de l'administration cantonale, le recours est largement ouvert à la commune, notamment quand il s'agit de mesures de surveillance stricto sensu, mais également lorsqu'il s'agit d'autres décisions, en matière fiscale par exemple [8].

Il ne faut toutefois pas perdre de vue que les décisions importantes, qu'elles aient ou non le caractère d'une mesure de surveillance, sont très généralement le fait du gouvernement cantonal : approbation des règlements communaux ou mesures coercitives de surveillance — comme la substitution [9] — d'une part, décisions en matière de répartition financière intercommunale, de subventions ou encore d'aménagement du territoire d'autre part. Dans les cantons où les litiges administratifs sont tranchés par le *gouvernement* lui-même, selon le système de l'administrateur-juge, la commune se trouve alors dépourvue de tout moyen de recours. Dans certains cantons toutefois [10], une correction a été apportée dans le sens que le *parlement* cantonal est autorité de recours contre les décisions du gouvernement visant un acte communal [11], du moins contre les mesures dites de surveillance en général, ou les plus graves d'entre elles seulement, telles la fixation d'un taux

[6] Cf. par exemple l'art. 146 LC VD (annulation par le Conseil d'Etat de toute décision communale illégale qui ne peut être portée devant une autorité spéciale de recours).

[7] Ainsi à FR, où la commune peut recourir au Conseil d'Etat contre les décisions du préfet en matière de permis de construire : cf. ATF 102 I a), p. 164 s. « commune de Villars-sur-Glâne ». De même dans le canton de BE, cf. Kölz, p. 102.

[8] C'est le cas à BE et ZH par exemple. Cf. Kölz, p. 103. De même VD (art. 139 LC), où le Conseil d'Etat est autorité de recours contre toute décision d'une autre autorité de surveillance.

[9] Ainsi VD, art. 94 (règlements) et 165 (mise sous régie) LC.

[10] Cf. Geiger, p. 165 ss.

[11] Ainsi à UR, NW, GL, AR. Cf. Geiger, p. 170 ss.

communal d'imposition plus élevé, la destitution d'autorités communales ou la mise sous administration étatique [12].

Le fait que le contentieux entre canton et commune soit du ressort d'autorités politiques, en particulier du gouvernement en sa qualité de supérieur hiérarchique de l'ensemble de l'administration cantonale, n'a pas manqué d'être critiqué [13]. Aussi la tendance est-elle de transférer ce contrôle de l'administration à des *tribunaux administratifs* dans les cantons où ils ont été institués [14]. Dans la plupart d'entre eux, les tribunaux administratifs connaissent en effet de tout ou partie des décisions de l'exécutif qui touchent la commune [15]. C'est sans doute la solution la plus favorable à la commune, car elle lui ouvre en tous les cas une voie de recours contre les actes de l'administration, voire même une seconde instance de recours lorsque le gouvernement s'est préalablement saisi lui-même d'un recours formé par la commune [16].

On relèvera enfin que lorsque la commune use d'une voie de recours cantonale, elle ne soulève pas forcément une question relevant du *contentieux de son autonomie* proprement dite : il se peut qu'elle conteste simplement la *légalité* d'un acte de l'administration cantonale, parce qu'elle remplit tout comme les administrés les conditions de droit commun de la qualité pour recourir [17], ou encore parce qu'une disposition spéciale lui reconnaît, soit la qualité pour former en général un recours administratif [18], soit la qualité de

---

[12] Dans la mesure où le Parlement cantonal n'est pas déjà seul compétent pour prendre lui-même ou ratifier l'une ou l'autre de ces mesures. Ainsi pour la mise sous tutelle : art. 65 Const., art. 151 et 166 LC VD (confirmation ou révocation de la mise sous contrôle ou sous régie).

[13] Cf. GEIGER, p. 154, qui relève que la commune est précisément plus faible politiquement lorsqu'un conflit éclate entre elle et l'administration.

[14] Cf. H. ECKSTEIN, *Die Organisation der kantonalen Verwaltungsgerichte*, thèse, Bâle 1975, qui donne en préambule (p. XIX à XXIII) les textes cantonaux instituant un tribunal administratif : (dans l'ordre chronologique) BS, BE, ZH, BL, SO, SG, TI, GR, NW, AG, BE, SH, LU, OW, auxquels il faut ajouter VS, et les projets de TG et ZG ; cf. KÖLZ, p. 102, note 25).

[15] Cf. KÖLZ, p. 102 ss.

[16] Avant de modifier sa jurisprudence sur ce point, le TF avait même déclaré que cette protection juridictionnelle par un tribunal administratif était suffisante pour garantir le respect des décisions que la commune prend en application de son propre droit, et qu'il n'y avait dès lors pas lieu de reconnaître à cet égard une autonomie de la commune, ATF 94 I, p. 63 « commune de Coire » ; cf. ci-avant, p. 130 s.

[17] Cf. KÖLZ, p. 102.

[18] Cf. KÖLZ, p. 100 s.

partie dans une procédure déterminée [19]. Or, dans l'état de la jurisprudence du Tribunal fédéral, si le litige n'est pas en rapport direct avec des compétences communales autonomes au sens de cette jurisprudence [20], la commune se verra refuser la voie du recours de droit public au niveau fédéral : le prononcé cantonal ne pourra alors plus être remis en question [21].

2. *La protection contre les prononcés sur recours contre des décisions communales*

Au sens large, la surveillance cantonale sur l'activité communale comprend les prononcés rendus sur recours contre des décisions communales, que ce recours soit interjeté par un particulier, comme c'est généralement le cas, par un autre titulaire de la puissance publique [22], ou encore par un organe de l'Etat.

Selon les cantons, ces litiges sont tranchés par le gouvernement ou par des tribunaux administratifs dont la compétence peut être générale ou spéciale [23], plus rarement par une autorité administrative inférieure se prononçant en première instance [24]. Mais si l'on excepte ce dernier cas, la commune n'aura souvent aucun moyen de droit cantonal à l'encontre du prononcé qui anéantit ou modifie sa propre décision et elle devra se contenter de justifier celle-ci devant une seule instance [25]. Là encore, le contentieux mis en œuvre n'est pas toujours celui de l'autonomie, et un recours de droit public contre le prononcé cantonal pourrait être déclaré irrecevable par le Tribunal fédéral.

Nous ferons pour terminer une remarque sur le *pouvoir d'examen* des autorités cantonales de recours. Celui-ci peut être limité à la légalité : c'est généralement le cas si l'on a affaire à un tribunal administratif [26] mais beau-

---

[19] Sur le recours de la commune en matière de police des constructions, cf. un arrêt du tribunal administratif soleurois, du 5 septembre 1974, avec des indications de droit comparé, *Zbl.*, 1975, p. 27 ss ; ainsi que Kölz, p. 103 s. (ZH).

[20] Cf. ci-avant, p. 162 ss.

[21] Il faut en revanche réserver le cas d'un prononcé cantonal appliquant le droit fédéral, contre lequel la commune pourra éventuellement recourir auprès de la juridiction administrative fédérale. Cf. ci-après, p. 199 ss.

[22] Une autre commune, une association de communes ou un établissement public autonome, dans la mesure où la qualité pour agir leur est reconnue à ce titre.

[23] Cf. Eckstein, *op. cit.* (note 14 ci-avant) p. 140 ss.

[24] Ainsi à BE et ZH. Cf. Mettler, p. 399 ss ; Kölz, p. 102 ss.

[25] Sauf le cas du recours au parlement contre les décisions du Conseil d'Etat, cf. ci-avant, note 11.

coup moins fréquent s'il s'agit du gouvernement [27]. Lorsque la cognition de l'autorité de recours est ainsi restreinte, c'est sans doute en défaveur de la commune lorsqu'elle est recourante, car elle ne peut alors contester l'opportunité des mesures étatiques qui la frappent, mais c'est en revanche à son avantage lorsqu'elle est intimée, puisque son pouvoir d'appréciation est au contraire protégé tant qu'elle n'en abuse pas. La conséquence en est que la portée de l'autonomie communale dans tel domaine pourra parfois différer, selon les circonstances dans lesquelles elle est mise en cause (recours de la commune ou contre une décision de celle-ci).

Section II

Le recours de droit public pour violation de l'autonomie communale

On sait que la voie du recours de droit public est ouverte auprès du Tribunal fédéral à celui qui entend se plaindre de la violation par une autorité cantonale d'un droit constitutionnel du citoyen. Il ne s'agit toutefois pas d'une action populaire, car la jurisprudence exige en outre que le recourant se prétende lésé dans un intérêt personnel juridiquement protégé [28]. De plus, il est très généralement admis que le recours de droit public est une institution juridictionnelle conçue à des fins essentiellement individualistes [29], si bien que les personnes publiques n'ont en principe pas la qualité pour agir. Pourtant, depuis le siècle dernier, notre Cour suprême reconnaît que la commune est habile à former un tel recours pour violation de son autonomie, ainsi que pour atteinte à la garantie de son existence [30].

---

[26] Cf. JAGMETTI, p. 364 s. La pratique est contraire à ZG : cf. ZUMBACH, *Das zugerische Gesetz über das Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat, Zbl.*, 1949, p. 487.

[27] Ainsi à ZG (cf. note précédente). Cf. toutefois la règle vaudoise des art. 11 et 12 de l'arrêté du 15 septembre 1952 fixant la procédure pour les recours administratifs (APRA) : l'examen des décisions prises en vertu d'un pouvoir administratif autonome se limite à la légalité (recours contentieux).

[28] Sur l'interprétation de l'art. 88 LOJ, cf. MACHERET, p. 153 ss.

[29] MACHERET, p. 137.

[30] Cf. ZWAHLEN, p. 631 et la jurisprudence citée.

Avant d'examiner à quelles conditions ce droit constitutionnel à l'autonomie peut être invoqué, et qui en est titulaire, il faut dire quelques mots de sa nature.

1. *L'autonomie en tant que droit constitutionnel*

Pour justifier la protection qu'il accorde à l'autonomie communale, le Tribunal fédéral a souvent déclaré qu'il s'agissait d'un droit public subjectif, assimilable aux droit constitutionnels du citoyen, sans donner de plus amples explications sur le fondement dogmatique du principe qu'il posait ainsi [31].

Depuis quelques années, à l'occasion d'arrêts déclarant irrecevables des recours formés par d'autres corporations publiques [32], notre Cour suprême a toutefois précisé sa conception : la commune mérite une protection particulière, parce qu'elle occupe traditionnellement une place essentielle dans l'organisation politique du pays. Il faut donc reconnaître à l'autonomie communale le rang de droit constitutionnel, si l'on ne veut pas que la commune — cette collectivité indépendante où la volonté populaire s'exprime démocratiquement — ne se transforme progressivement en une simple circonscription administrative. Au surplus, l'autonomie des communes doit être mise en relation avec le caractère « fédéraliste » de l'organisation communale, un fédéralisme dont le Tribunal fédéral ne nous dit cependant pas en quoi il consiste [33]. Ces idées s'inspirent des réflexions de M. Zwahlen, lequel avait relevé les liens étroits qu'il faut voir entre l'autonomie communale, les libertés individuelles et politiques, et la démocratie [34].

Les opinions de la doctrine divergent sur la nature du droit constitutionnel à l'autonomie [35]. Sans entrer dans la querelle sur les droits publics subjectifs [36], nous dirons que l'autonomie peut sans difficulté être englobée dans une notion large des droits constitutionnels du citoyen, où viennent s'ajouter aux libertés individuelles des *principes fondamentaux d'organisation*, comme la séparation des pouvoirs ou la force dérogatoire du droit fédéral [37]. L'auto-

---

[31] Cf. ZWAHLEN, p. 632.

[32] ATF 95 I, p. 56 « Zweckverband der Abwasserregion Solothurn-Emmen », ainsi que les arrêts cités ci-après, p. 177 ss.

[33] Ainsi dans l'arrêt cité note précédente : « Die Gemeindeautonomie steht im Zusammenhang mit dem Gemeindefoederalismus als einem Grundsatz des politischen Aufbaus der Schweiz ».

[34] ZWAHLEN, p. 632 ; cf. également IMBODEN, *Gemeindeautonomie*, p. 89 ss.

[35] Sur ces divergences, cf. MEYLAN, p. 94 s.

[36] Cf. à ce sujet GEIGER, p. 16 ss.

[37] Dans le même sens : MEYLAN, p. 94 s.

nomie communale est l'un de ces droits constitutionnels dont on a pu dire qu'ils ont une dimension institutionnelle qualifiée, alors que d'autres n'ont qu'une portée individuelle [38], et l'expression de *garantie politique* [39] à cet égard nous paraît heureuse. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir sur les analogies qu'il y a entre la garantie de l'autonomie communale et cette autre garantie politique qu'est le principe de la séparation des pouvoirs dans les cantons [40].

Reste à savoir qui peut demander le respect de la garantie de l'autonomie. Les communes, certes, y sont habilitées pour autant que le recours remplisse certaines autres conditions de recevabilité. Mais la question peut être très délicate lorsqu'il s'agit d'autres corporations publiques, notamment les associations intercommunales. Il y a enfin le recours formé par les citoyens de la commune : un revirement de jurisprudence a fait qu'il n'est plus recevable, du moins lorsque le grief de violation de l'autonomie est invoqué à titre principal.

2. *Le recours de la commune*

Nous traiterons sous ce chiffre des règles particulières relatives à la *recevabilité* du recours de droit public formé par la commune pour violation de l'autonomie. Quant aux autres conditions de recevabilité, elles sont identiques à celles applicables généralement à cette voie de droit, comme l'épuisement nécessaire des instances cantonales et la limitation des moyens recevables à ceux invoqués en dernière instance cantonale [41].

En premier lieu, une jurisprudence bien établie dispense la commune d'une importante condition de recevabilité : elle n'a pas besoin d'établir qu'elle est lésée dans un intérêt personnel juridiquement protégé et il lui suffit d'alléguer qu'elle est atteinte dans son autonomie par l'acte cantonal litigieux [42]. L'appartenance de la tâche ou de la compétence communale

---

[38] MACHERET, p. 195.

[39] On la trouve notamment chez AUBERT, N° 1646, à propos des droits politiques cantonaux et des principes non écrits applicables à l'organisation interne des cantons.

[40] Cf. ci-après, p. 184 s.

[41] Ainsi, une commune qui n'avait pas soulevé le grief de violation de son autonomie devant le tribunal administratif cantonal a vu son recours déclaré irrecevable par le TF (arrêt non publié « commune de Kaiseraugst », du 26 juillet 1973).

[42] ATF 100 I a), p. 282 « commune de Lens » et la jurisprudence citée. Dans quelques arrêts antérieurs, le TF semble avoir exigé que la violation de l'autonomie soit alléguée avec des motifs suffisants : ATF 96 I, p. 365 « commune de Flims » ; cf. MACHERET, p. 191, note 179.

considérées au champ de l'autonomie, ainsi que l'existence ou non d'une violation, sont donc des questions ressortant au *fond*.

En revanche, et c'est en cela que le recours en matière d'autonomie communale se distingue des autres recours de droit public, il est nécessaire que la commune soit lésée en sa qualité de *titulaire de la puissance publique*, et non en tant qu'elle mène des activités de caractère privé ; dans ce dernier cas, elle pourra éventuellement former un recours de droit public tout comme un particulier, en soulevant d'autres griefs, mais à l'exclusion de celui de l'autonomie [43]. Sur cette condition de recevabilité, le Tribunal fédéral ne semble d'ailleurs pas se montrer trop exigeant, dans la mesure où il entend la notion de recours à la puissance publique au sens large de tâche publique : c'est ce qu'il a déclaré dans un arrêt récent [44], où il est entré en matière sur une prétendue entrave étatique à des *tâches matérielles* accomplies par la commune — en l'occurrence le ramassage et l'élimination d'ordures.

A ces tâches publiques au sens large, le Tribunal fédéral oppose les activités *privées* ou essentiellement *patrimoniales* de la commune [45]. Une certaine imprécision règne dans la jurisprudence lorsque la commune recourt en sa qualité de propriétaire de biens-fonds. En principe, s'il s'agit d'immeubles appartenant à son *patrimoine financier* et même *administratif* [46], la commune est simplement habilitée à recourir comme un particulier, en invoquant la garantie de la propriété par exemple, et le recours pour violation de l'autonomie est dès lors irrecevable. En revanche, lorsque la commune se prétend lésée dans la gestion de son *domaine public*, elle devra alléguer le grief fondé sur l'autonomie [47].

Les choses se compliquent lorsque la commune se sert de moyens de droit privé pour satisfaire des besoins d'intérêt public. Dans un arrêt commune de Lutry [48], le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable un recours contre une décision cantonale interdisant la démolition de bâtiments entrant dans le patrimoine financier de la commune, pour le motif que cette démolition avait été décidée en vue d'une amélioration ultérieure du réseau routier, donc en rapport avec le domaine public de la commune ; celle-ci ne pouvait dès lors se plaindre que d'une violation de son autonomie, grief qu'elle n'avait pas soulevé en l'espèce [49]. Nous pensons que cette solution doit être

---

[43] Cf. les arrêts cités aux pages suivantes et ci-après, p. 193 ss.

[44] Arrêt « commune de Lens » précité (note 42), p. 282 s.

[45] Arrêt « commune de Lens » précité.

[46] Sur ces notions, cf. JAGMETTI, p. 304 ss.

[47] ATF 96 I, p. 468 s. « commune de Lutry » ; ATF 97 I, p. 640 s. « commune de Pully ».

[48] ATF 96 I, p. 467 ss.

[49] La commune avait en effet soulevé le seul grief d'arbitraire, moyen déclaré irrecevable à titre principal par le TF ; cf. ci-après, p. 195 ss.

approuvée, sous réserve d'étendre à d'autres griefs que l'autonomie le recours formé par la commune en sa qualité de personne exerçant la puissance publique [50]. En revanche, la question a été laissée ouverte de savoir si la commune aurait à l'inverse qualité pour agir en tant que propriétaire privé, alors même que les terrains objets de la décision cantonale font partie du domaine public communal [51].

Dans un arrêt commune de Pully, on trouve d'autre part une solution qui se fonde certes sur la jurisprudence telle qu'elle s'est établie sur ce point, mais qui paraît peu satisfaisante si on la compare à celle de l'arrêt commune de Lutry précité [52]. En l'espèce, la commune voulait construire sur un bien-fonds appartenant à son patrimoine administratif un bâtiment destiné à abriter un asile pour personnes âgées et le canton s'y était opposé pour des motifs de protection du paysage. Comme il s'agissait de biens administratifs, la commune fut admise à recourir pour violation de la garantie de la propriété privée et le Tribunal fédéral mit en balance les intérêts en présence. Or, le projet communal présentait un intérêt public pour le moins prépondérant, même si la commune avait été amenée à réaliser cette politique de prévoyance sociale en exerçant des droits de nature privée. Ce que le Tribunal fédéral a d'ailleurs reconnu expressément, en admettant le recours pour le motif que « l'intérêt public » de la construction projetée l'emportait sur les arguments esthétiques invoqués par le canton [53]. L'intérêt communal invoqué en l'occurrence n'est plus, on le voit, qu'en rapport lointain avec les intérêts que les propriétaires fonciers font généralement valoir à l'encontre de l'intérêt public du canton.

Il faut peut-être voir dans ce dernier arrêt une question de pouvoir d'examen du Tribunal fédéral. En effet, l'atteinte ayant été considérée comme grave — vu ses répercussions financières, le Tribunal fédéral avait pu se donner un plein pouvoir d'examen. S'il avait au contraire considéré qu'il s'agissait d'un conflit d'autonomie, il aurait dû en l'espèce, conformément à sa jurisprudence [54], limiter sa cognition à l'arbitraire. Notre Cour suprême n'aurait pu dès lors arbitrer comme elle l'a fait un conflit entre intérêt public communal et intérêt public cantonal. Ainsi qu'on l'a relevé [55], un tel arbitrage peut étonner lorsqu'il est pratiqué par une autorité fédérale

---

[50] Cf. ci-après, p. 196 ss.

[51] ATF 97 I, p. 639 ss « commune de Pully », confirmé par un arrêt non publié « commune de Préverenges » du 13 mars 1974.

[52] Arrêt cité note 48 ci-avant.

[53] Considérant résumé seulement dans ATF 97 I, p. 643.

[54] Cf. ci-après, p. 185 ss.

[55] Moor, p. 1641.

dans le cadre d'un recours pour violation de la garantie de la propriété privée.

Il reste que ces hésitations de la jurisprudence ne contribuent pas à simplifier la délimitation entre les activités communales d'intérêt public et celles menées dans un but purement fiscal ou privé. Il est vrai que ce problème dépasse largement le cadre de la seule autonomie communale [56].

3. *Le recours des autres corporations publiques du droit cantonal*

Lorsque des corporations du droit public cantonal s'adressent à lui pour se plaindre d'une violation de leur autonomie ou d'une atteinte à leur existence, le Tribunal fédéral leur oppose une jurisprudence solidement établie : en principe, la voie du recours de droit public n'est pas ouverte aux personnes de droit public lorsqu'elles agissent en tant que titulaires de la puissance publique, et la seule exception est consentie en faveur de la commune qui défend son autonomie ou son existence. Si les communes méritent cette protection du juge constitutionnel, c'est en raison du rôle essentiel qu'elles jouent dans l'organisation politique de la Suisse [57].

Aussi, seules peuvent prétendre faire également protéger leur autonomie, voire leur existence, les collectivités publiques qui présentent toutes les caractéristiques essentielles de la commune, en particulier son caractère démocratique, et auxquelles le droit cantonal [58] octroie une autonomie analogue à celle des communes. Cela peut être le cas pour certains *types de communes* autres que la commune politique [59], dans la plupart des cantons où ils existent. Dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral est entré en matière sur des recours formés par des communes scolaires [60]. De même, il a examiné le recours de communes bourgeoises qui prétendaient que la garantie de leur existence avait été violée par une fusion rendue obligatoire [61]. En revanche,

---

[56] Sur la distinction entre droit public et droit privé : GRISEL, p. 44 ss.

[57] ATF 99 I a), p. 756 s. « Studentenschaft der Universität Bern » ; ATF 95 I, p. 56 « Zweckverband der Abwasserregion Solothurn-Emmen » ; arrêt non publié « Bezirksspitalverband Uster », du 11 décembre 1974.

[58] Constitutionnel ou légal, cf. ATF 95 I, p. 54 cité note précédente.

[59] Cf. ci-avant, p. 49 s.

[60] ATF 103 I a), p. 487 ss « Primarschulgemeinde Bassersdorf » (ZH) ; ATF 100 I a), p. 289 ss « Primarschulgemeinde Küsnacht » (ZH) (recours admis en l'espèce) ; *Zbl.*, 1958, p. 193 ss, arrêt du 18 décembre 1957 (SG).

[61] ATF 98 I a), p. 309 s. « Bourgeoisie de Brigue », qui cite un arrêt non publié « Bourgeoisie d'Eyholz » (VS), du 23 mai 1972.

il n'y a que très peu d'arrêts relatifs à l'autonomie d'autres types de communes [62]. Il serait par exemple concevable que les fractions de communes de certains cantons [63] soient admises à faire valoir leur autonomie par un recours de droit public. Enfin, d'autres collectivités territoriales à l'échelon intermédiaire, comme les districts à Schwytz et les cercles dans les Grisons, peuvent bénéficier d'une autonomie comparable à celle de la commune : il nous étonnerait fort que le Tribunal fédéral leur refuse l'accès à la juridiction constitutionnelle si elles invoquent ce grief [64].

En revanche, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable un recours de l'association des étudiants de l'université de Berne, une corporation de droit public créée par la loi, mais à laquelle aucune prescription cantonale ne reconnaît une autonomie analogue à celle des communes : comme cette association ne remplissait pas la fonction d'une commune et n'en avait pas la signification politique, il ne se justifiait pas de lui accorder une protection particulière, alors même que ses décisions étaient prises démocratiquement [65]. Antérieurement, un syndicat de remaniement parcellaire tessinois s'était vu refuser la qualité pour agir, ni son fonctionnement, ni sa justification intrinsèque n'étant comparables à ceux de la commune, fondement des institutions démocratiques de notre Etat [66]. On pourrait également concevoir qu'une université forme un recours de droit public pour violation de son autonomie : il serait actuellement sans doute déclaré irrecevable.

---

[62] Ainsi ATF 68 I, p. 85 ss « Römisch-Katholische Kirchgemeinde Boswil ».

[63] Sur ce type de commune politique, cf. ci-avant, p. 71 ; la décision attaquée pourrait d'ailleurs être une décision de la commune dont la fraction fait partie, décision confirmée par une instance cantonale. Dans la jurisprudence publiée, la question a été laissée ouverte dans ATF 72 I, p. 20 ss « Dorfkorporation Flawil » (SG), ce grief n'ayant pas été formulé. Relevons à cet égard que la législation vaudoise assimile les fractions de communes à la commune politique (art. 132 LC VD). Voir en outre l'art. 71, al. 3 LC GR : des fractions peuvent exceptionnellement remplir avec indépendance (« selbständig ») des tâches administratives sous la surveillance de la commune.

[64] Sur ces collectivités publiques, cf. ci-avant, p. 38. Notons qu'en ce qui concerne les deux « corporations » du canton d'Uri (art. 34, al. 1 et 2 Const. UR ; cf. JAGMETTI, p. 257), lesquelles paraissent plutôt gérer un patrimoine privé qu'exercer un pouvoir de puissance publique, le TF les a assimilées à des communes bourgeoises et a admis qu'elles puissent être autonomes au sens de sa jurisprudence (arrêts non publiés « Korporation Ursern », du 3 décembre 1975 et du 10 octobre 1973).

[65] ATF 99 I a), p. 757 « Studentenschaft der Universität Bern ».

[66] ATF 95 I, p. 47 « Consorzio raggrupamente terreni di Bedano » ; au surplus, ajoute le TF, ni la constitution, ni la législation cantonale ne l'assimilent à une commune.

Enfin, le problème qui va se poser de façon croissante, à l'avenir, est celui de la qualité pour recourir des *associations intercommunales* [67], tout au moins lorsqu'elles sont des corporations publiques [68]. Par deux fois au moins [69], des regroupements de communes ont déjà tenté, mais en vain, de se faire ouvrir la porte du recours de droit public. Dans les deux cas, la réponse a été proche de celle donnée aux étudiants bernois : l'autonomie des communes existe depuis toujours et représente un principe fondamental de notre organisation politique, alors que les associations de communes sont des créations récentes. Les droits cantonaux considérés ne leur reconnaissaient ni autonomie, ni compétences propres ; au surplus, ces associations n'avaient pas une organisation démocratique, puisque leurs décisions étaient prises par des délégués des communes membres [70]. Il n'y avait donc pas de raison de leur reconnaître un droit à l'autonomie. D'ailleurs, ajoute le Tribunal fédéral dans l'un de ces arrêts [71], il n'y a pas davantage de motif de reconnaître aux associations intercommunales un droit à l'existence : lorsque le canton prend une décision qui a pour effet de modifier la composition d'une association de communes, il ne remet pas en cause la structure politique du pays.

Toutefois, le Tribunal fédéral avait laissée ouverte la question de savoir si une association de communes pourrait bénéficier de la protection de son autonomie, lorsque la loi sur les communes lui attribue des tâches distinctes des tâches communales et lui confère à cet effet une marge relativement grande de pouvoir de décision [72]. A juste titre, selon nous, car diverses lois cantonales récentes ont donné une structure plus démocratique à cette insti-

---

[67] Cf. sur cette forme de collaboration intercommunale : JAGMETTI, p. 389 ss ; MEYLAN, p. 167 ss ; Peter GRÜTER, *Die schweizerischen Zweckverbände,* thèse, Zurich, 1973 ; Barbara SCHELLENBERG, *Die Organisation der Zweckverbände,* thèse, Zurich, 1975.

[68] Les associations de communes n'ont pas toujours la personnalité juridique et la pratique est encore flottante à cet égard en l'absence d'une règle précise. Cf. MEYLAN, p. 167, note 44 ; W. STUTZ, *Die kommunalen Zweckverbände im Kanton Aargau,* thèse, Fribourg, 1971.

[69] ATF 95 I, p. 53 ss « Zweckverband der Abwasserregion Solothurn-Emmen » ; arrêt non publié « Bezirksspitalverband Uster », du 10 décembre 1974 (il s'agissait de l'association que la commune de Dübendorf se voyait pratiquement forcée de quitter à la suite d'une décision cantonale en matière de subventions, cf. ci-avant, p. 163 s.

[70] Sur l'organisation interne des associations de communes, cf. MEYLAN, p. 172 ss ; SCHELLENBERG, *op. cit.,* note 67 ci-avant. Le TF insiste d'ailleurs sur le fait qu'il s'agit d'une forme de collaboration intercommunale parmi d'autres (ATF 95 I, p. 55 précité).

[71] Arrêt non publié « Bezirksspitalverband Uster » cité note 69 ci-avant.

[72] ATF 95 I, p. 55 cité note 69 ci-avant.

tution, notamment en introduisant un référendum intercommunal [73], ou encore en déclarant expressément que certaines associations de communes ont un droit à l'autonomie tout comme les communes elles-mêmes [74].

En définitive, la qualité pour recourir des associations intercommunales dépend de la façon dont le droit cantonal a aménagé cette institution. A notre sens, le Tribunal fédéral ne devrait pas se montrer trop strict à cet égard, et renoncer en particulier à exiger que l'association ait des tâches propres distinctes des tâches communales. En effet, il paraît difficile de fonder un éventuel recours des communes elles-mêmes, lorsqu'elles sont membres d'une regroupement personnalisé, si le recours est dirigé contre des actes cantonaux qui lèsent les seuls intérêts du regroupement. La construction de ce droit de recours serait notamment compliquée par le fait que le Tribunal fédéral exige une atteinte juridique [75]. On rencontrera par ailleurs des difficultés insurmontables lorsque le recours ne sera pas formé par la majorité, voire la totalité des communes membres [76]. Dans deux cas au moins, il nous paraît cependant que le Tribunal fédéral devrait entrer en matière sur le recours formé par une commune à titre individuel, à propos de collaboration intercommunale : lorsque le canton n'approuve pas ou modifie les statuts d'une association intercommunale en voie de se créer volontairement, et lorsque le canton oblige pour certains motifs une commune à adhérer à une association existante, alors que ce choix relève normalement de la libre appréciation de la commune [77].

Pour conclure, nous comprenons fort bien que le Tribunal fédéral ne veuille pas permettre à n'importe quelle personne de droit public de soule-

---

[73] Ainsi l'art. 120 a) LC VD (introduit le 27 mai 1975) ; référendum contre certaines décisions du conseil intercommunal.

[74] Cf. l'art. 59 LC GR à propos des associations régionales à vocation multiple, qui peuvent accomplir avec indépendance (« selbstständig ») toutes les tâches qui leur sont confiées par la commune ou par la législation cantonale et fédérale.

[75] Soit un lien direct entre l'acte cantonal et une compétence de la commune. Cf. ci-avant, p. 162 ss.

[76] La question avait été simplement posée et laissée en suspens dans ATF 95 I, p. 55-56 précité (note 69). A la rigueur, déclare le TF, on pourrait concevoir que les communes membres sont empêchées de remplir leurs tâches publiques par le refus d'approuver les statuts d'une association ou l'annulation d'une décision de celle-ci. L'idée qui fonde ce raisonnement est que les communes demeurent seules titulaires des tâches effectuées en collaboration, alors que l'association ne l'est pas ; cette vue nous paraît quelque peu formaliste.

[77] Cf. l'arrêt « commune de Dübendorf » du 10 décembre 1974, *Zbl.*, 1975, p. 299, où le TF a même examiné au fond le recours d'une commune qui se trouvait pratiquement, mais non juridiquement, contrainte de passer d'une association à une autre (voir le résumé de cet arrêt ci-avant, p. 163 s.).

ver un moyen qui a été créé ou développé par la jurisprudence en faveur de la seule commune. Sans doute le fait que le champ de l'autonomie communale ait été considérablement étendu par le changement de jurisprudence de 1967 [78] n'est-il pas étranger à cette tendance du Tribunal fédéral de restreindre à quelques privilégiés le cercle des titulaires du droit constitutionnel à l'autonomie. Mais cette jurisprudence, favorable aux seules communes et aux collectivités publiques qui leur sont assimilées, a été critiquée récemment [79], car l'exclusivité qu'elle crée empêche les autres organismes décentralisés d'invoquer un quelconque grief par la voie du recours de droit public. Ces personnes publiques ne peuvent donc faire respecter, à ce niveau [80], ni leurs compétences, ni les intérêts publics qu'elles poursuivent. Or, la commune est aussi un élément de la décentralisation administrative des cantons. En cette qualité, elle occupe dès lors une position privilégiée, sur laquelle nous reviendrons [81], puisqu'elle est en mesure de faire protéger son autonomie dans ce cadre également. Ces critiques nous paraissent justifiées.

4. *Le recours des particuliers*

Pendant longtemps, le Tribunal fédéral avait admis que le citoyen de la commune était également titulaire du droit à l'autonomie. En tant qu'*électeur,* il bénéficiait d'un droit de participer à la formation de la volonté politique de la commune, ce qui l'autorisait à se plaindre d'une violation de l'autonomie communale lorsque l'Etat annulait une décision de l'asemblée communale ou décrétait une mise sous tutelle partielle ou générale de la commune [82]. Il pouvait de même agir, en tant que *contribuable,* lorsqu'une décision cantonale portait atteinte à ses intérêts matériels en imposant une lourde charge à sa commune [83].

---

[78] Cf. ci-avant, p. 129 s. ZIMMERLI, p. 273, en tire argument pour dénier au citoyen la qualité pour agir à titre indépendant.

[79] MACHERET, p. 194 ss.

[80] Nous n'aborderons pas la question de leur accès à la juridiction administrative cantonale.

[81] Cf. ci-après, p. 197 ss.

[82] Par exemple ATF 42 I, p. 185 ss « Weber ». Cf. également MEYLAN, p. 112 s. et la jurisprudence citée ; ZWAHLEN, p. 646 s.

[83] ATF 27 I, p. 216 « Fauquex » ; ATF 46 I, p. 381 ss « Koelner » (avec des doutes) ; en sens contraire : ATF 48 I, p. 225 ss « von Hettlingen » (en tant que contribuable cantonal).

Mais en 1946 [84], un changement de jurisprudence s'est produit qui a privé le citoyen communal de son droit de recours. Selon le Tribunal fédéral, le citoyen n'est en effet atteint qu'*indirectement* par les décisions incriminées, alors que la commune est au contraire directement affectée dans l'exercice de compétences qui lui appartiennent à elle seule ; la garantie constitutionnelle ne portant que sur une institution, seule la commune peut s'en prévaloir [85]. Une réserve était toutefois faite pour le cas de la mise sous tutelle de la commune, car les citoyens se trouvent alors privés de tout pouvoir de décision [86]. Le Tribunal fédéral n'est pas revenu jusqu'ici sur cette jurisprudence restrictive, mais il l'a considérablement atténuée en 1965 [87], en admettant depuis lors qu'un particulier invoque la violation de l'autonomie communale à titre *préjudiciel,* dans le cadre d'un recours fondé sur un autre droit constitutionnel. Un particulier pourra, par exemple, recourir contre l'octroi par une instance cantonale d'un permis de construire contre l'avis de la commune, en invoquant à titre principal l'article 4 de la Constitution et à titre préjudiciel une violation de l'autonomie [88]. De même, la garantie de l'autonomie peut être invoquée à l'appui d'un recours fondé sur la garantie de la propriété, ou en matière de droits politiques [89].

Une question peut encore se poser : le particulier doit-il, pour pouvoir agir, être obligatoirement *domicilié* dans la commune dont il prétend que l'autonomie a été violée ? Cela dépend selon nous du droit constitutionnel qu'il invoque à titre principal et la réponse sera certainement affirmative lorsqu'il fait grief à l'Etat d'avoir à la fois violé ses droits politiques et l'autonomie de sa commune.

La réponse doit être en revanche négative dans les autres cas, par exemple lorsque le recourant est uniquement propriétaire foncier sur le territoire de la commune et qu'il invoque principalement la garantie de la propriété, ou encore lorsqu'il entend faire protéger sa liberté d'expression telle que reconnue par une commune où il n'est pas domicilié — nous pensons au cas d'une autorisation d'usage du domaine public accordée par la commune et annulée par le canton. Pour la première fois semble-t-il, le Tribunal fédéral

---

[84] ATF 72 I, p. 23 ss « Stähli ».

[85] Cf. sur cette conception MEYLAN, p. 113.

[86] Arrêt « Stähli » (cité note 84 ci-avant), p. 25.

[87] ATF 91 I, p. 413 « Kolter ».

[88] ATF 99 I a), p. 335 « Nater » ; ATF 99 I a), p. 252 « Jost » (construction d'une centrale nucléaire). En raison du pouvoir d'examen du TF, les deux griefs se confondent le plus souvent : ATF 98 I a), p. 470 « X c/commission scolaire de Z ».

[89] Cf. ATF 100 I a), p. 428 s. « Gugelberg » (droits politiques), avec un résumé de la jurisprudence.

a été amené très récemment à examiner cette question [90] : avec raison, il a jugé que le moyen préjudiciel tiré de l'autonomie communale devait être examiné chaque fois qu'il est invoqué à l'appui d'un droit constitutionnel, car l'atteinte portée à celui-ci, si elle se produit en violation de l'autonomie, ne repose plus sur une base légale suffisante. La condition de recevabilité n'est donc pas le domicile, mais la qualité pour faire valoir le moyen principal. Nous ne pouvons que nous rallier à l'argumentation développée dans cette nouvelle jurisprudence. D'autant que le Tribunal fédéral distingue ainsi clairement le recours de n'importe quel particulier invoquant préjudiciellement l'autonomie communale de celui formé par le citoyen de la commune pour violation de ses droits politiques.

On peut se faire une bonne idée de l'état de la jurisprudence sur la qualité du *citoyen* de la commune pour invoquer l'autonomie communale, en examinant un arrêt Gugelberg, qui date de 1974 [91]. Dans cette affaire, le tribunal administratif cantonal avait annulé une décision de l'assemblée communale relative à un plan de zones : aux côtés de la commune, l'un de ses citoyens recourait en invoquant, pour sa part, principalement la violation de ses droits politiques sur la base de l'article 85, litt. a) de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire [92], et préjudiciellement la violation de l'autonomie de sa commune.

Reprenant la jurisprudence inaugurée en 1946 [93], le Tribunal fédéral déclare tout d'abord que le citoyen n'est en principe pas atteint dans ses droits politiques, lorsqu'une décision de l'assemblée communale est annulée par le canton pour illégalité, ou que celui-ci refuse d'approuver une telle décision pour des motifs de fond. Cela également, ajoute-t-il, lorsque la décision d'annulation comporte en outre une injonction qui réduit à néant la libre appréciation des citoyens de la commune : l'atteinte éventuelle demeure indirecte [94]. Ce principe comporte toutefois quelques exceptions : le moyen

---

[90] ATF 102 I a), p. 436 s. « Mollet et consorts » ; arrêt non publié « Eugster » du 17 novembre 1976 ; confirmés par l'arrêt non publié « Neuhaus », du 22 juin 1977.

[91] ATF 100 I a), p. 428 ss ; confirmé par un arrêt du 28 juin 1977, *Zbl.*, 1977, p. 456 ss.

[92] Sur le recours de l'art. 85, litt. a) LOJ, cf. AUBERT, N° 1678. MACHERET, p. 139 s. : la qualité pour recourir est admise sans qu'il soit nécessaire de faire valoir la lésion d'un intérêt juridiquement protégé, il suffit d'alléguer être citoyen actif du canton ou de la commune.

[93] ATF 72 I, p. 25 ss « Stähli ».

[94] Selon le TF, il serait en effet contraire au sens et au but de l'art. 85, litt. a) LOJ d'admettre de façon générale la recevabilité de ce recours à l'encontre des décisions cantonales qui concernent une affaire entrant dans les compétences de l'assemblée des citoyens de la commune ; pour contester ces décisions, le citoyen doit être touché dans un intérêt personnel, selon les règles générales du recours de droit public.

tiré de l'article 85 litt a) OJF sera examiné lorsque la décision cantonale a pour effet d'exclure les droits politiques des citoyens dans certains *domaines essentiels* de l'autonomie communale, par exemple lorsque le canton fixe contre l'avis des électeurs de la commune un taux d'imposition plus élevé, ou encore fixe d'office le budget d'un service industriel communal que la commune avait rejeté lors d'un vote [95]. Pour le même motif, nous pensons que le Tribunal fédéral recevrait un recours de citoyens dirigé contre la mise sous tutelle de leur commune [96]. Il résulte logiquement de cette jurisprudence qu'en dehors des exceptions précitées, le citoyen communal ne peut obtenir par le recours pour violation des droits politiques ce qu'on lui refuse par ailleurs s'il invoque l'autonomie à titre principal.

La doctrine a fréquemment regretté que l'on ne revienne pas à l'ancienne jurisprudence [97]. L'argument généralement avancé est que, même si l'autonomie communale n'est qu'un principe institutionnel, cette institution se distingue précisément par son caractère *démocratique* prononcé : il serait donc choquant que le citoyen communal ne puisse faire respecter par le canton les libertés politiques qui lui sont les plus proches [98]. Certains auteurs ajoutent cependant que le recourant devra alléguer une atteinte à des intérêts personnels [99].

On parvient à la même conclusion, si l'on considère un autre principe d'organisation politique, qui a rang de droit constitutionnel et qui régit l'organisation interne des cantons : la *séparation des pouvoirs*. Ce principe assure une séparation *horizontale* des pouvoirs, garantissant par là aux citoyens que l'exécutif ne va pas par exemple se substituer au législatif et les priver ainsi de leur droit de référendum [100]. Or, comme divers auteurs

---

[95] Cf. ATF 100 I a), p. 266 s. « Bürgin » et ATF 42 I 192 « Weber » (ancienne jurisprudence), dans la première hypothèse ; dans la seconde, le TF cite le cas d'une entreprise communale d'électricité (p. 430 de l'arrêt « Gugelberg » avec référence à une jurisprudence non publiée).

[96] La question avait d'ailleurs été laissée ouverte lors du revirement de jurisprudence, cf. ci-avant, note 86.

[97] IMBODEN, *Gemeindeautonomie*, p. 105 ; ZWAHLEN p. 646 s. ; MEYLAN, p. 114 s. ; MOOR, p. 1639 s. Contra : ZIMMERLI, p. 273 s. Pour Mme BAUMANN, p. 100 ss, le recours du citoyen serait le seul possible, à l'exclusion de celui de la commune.

[98] Dans ce sens, MOOR, p. 1639 s. Cf. également GRISEL, p. 138, selon lequel la jurisprudence actuelle est plus conforme à la règle démocratique de la majorité qu'aux principes libéraux.

[99] ZWAHLEN, p. 647 ; MEYLAN, p. 114 (dans la conception actuelle du recours de droit public). ZIMMERLI, p. 274, exigerait pour le moins que la commune concernée ne s'oppose pas au recours.

[100] Dans ce dernier cas, il y a violation des droits politiques, mais le principe s'applique également en cas de violation d'une règle constitutionnelle d'organisation. Cf. à ce sujet GRISEL, p. 72 ss.

l'ont relevé [101], on peut fort bien concevoir par analogie un recours du citoyen tendant à faire respecter la séparation *verticale* des pouvoirs, soit le partage des compétences entre canton et communes [102]. Nous ne pouvons qu'abonder dans ce sens. Le principe constitutionnel de la décentralisation politique des cantons et la répartition de compétences qu'il suppose nous paraissent tout aussi essentiels que le principe de la séparation horizontale des pouvoirs dans les cantons. Pour le reste, les règles applicables au recours fondé sur ce dernier principe ne devraient pas être difficilement transposables dans le cadre d'un recours formé par le citoyen communal pour violation de l'autonomie, par exemple l'exigence d'une atteinte à un intérêt personnel [103].

Section III

Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral en matière d'autonomie communale

En principe, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral sur le fondement matériel des recours de droit public est libre lorsqu'il s'agit de l'interprétation ou de l'application de normes constitutionnelles, alors qu'il se limite à l'arbitraire lorsqu'il s'agit d'interpréter ou d'appliquer des normes cantonales du niveau législatif. Cette règle d'or, qui est une création jurisprudentielle et que l'on a souvent justifiée par les nécessités du fédéralisme [104], s'assortit

---

[101] IMBODEN, *Gemeindeautonomie*, p. 105 ; MEYLAN, p. 115 ; MOOR, p. 1640.

[102] Au reste, le TF admet clairement aujourd'hui que cette répartition de compétences se distingue nettement de la délégation de compétences à une autre autorité cantonale : ATF 102 I a), p. 10 s. « Bregy ». Cf. également ATF 97 I, p. 804 s. « Reutemann », où le TF déclare que cette répartition de compétences n'est précisément pas en contradiction avec les principes de la séparation des pouvoirs et de la démocratie référendaire — ce qui montre l'importance qu'il lui reconnaît.

[103] Sur cette exigence à propos de la séparation des pouvoirs, cf. ATF 82 I, p. 97 ss « Mercier ». Cela permettrait également au recours pour violation des droits politiques de conserver ses caractéristiques propres.

[104] Cf. par exemple AUBERT, N° 1718 ; ZWAHLEN, p. 647 (à propos de l'autonomie communale).

de plusieurs exceptions qui autorisent le Tribunal fédéral à revoir des dispositions légales avec un plein pouvoir d'examen ou lui imposent au contraire une certaine retenue lorsqu'il tranche librement [105].

En matière d'autonomie, le Tribunal fédéral suit apparemment strictement la règle générale que nous venons de voir et il ne manque pas de le rappeler dans la plupart de ses arrêts [106]. Nous verrons toutefois qu'il s'est arrêté sur certains points à des solutions plus subtiles et qu'il s'est parfois permis des écarts, avoués ou non.

1. *Le pouvoir d'examen limité à l'arbitraire*

Comme les compétences communales et leur portée sont le plus souvent définies par la loi [107], les communes doivent généralement se résoudre à confondre leur grief avec celui de l'arbitraire, par exemple lorsque le canton leur dénie à tort toute compétence ou encore applique faussement une règle du droit communal.

Mais si le Tribunal fédéral s'en tient effectivement à l'opinion du canton sur le partage des compétences tel qu'il peut sans arbitraire se déduire de la loi, il examine en revanche librement si, partant de là, l'activité communale considérée est autonome selon son critère de la marge d'indépendance [108]. Cette extension de sa cognition se justifie d'elle-même, puisque la délimitation du *champ* de l'autonomie communale est une création de sa jurisprudence.

---

[105] Sur ce sujet, voir AUBERT, Nos 1715-1728 ; MOSER, p. 185-190 ; sur l'évolution récente : A. KÖLZ, *Zur Auslegung einfachen Rechts durch den schweizerischen Verfassungsrichter, RDS*, 1976, I, p. 29-62 (notamment p. 45 s.). Cf. également ci-après, p. 191. Il s'agit bien entendu du seul pouvoir d'examen sur le fondement matériel du recours de droit public, non de celui qui porte sur les conditions de recevabilité. Cf. MOSER, p. 185.

[106] ATF 102 I a), p. 162 « commune de Villars-sur-Glâne » et ATF 102 I a), p. 169 « commune de Wollerau », qui renvoient à une jurisprudence constante. Cf. également MEYLAN, p. 115 ss, ainsi que GEIGER, p. 203 ss (qui cite de nombreux arrêts antérieurs à 1950).

[107] Cf. ci-avant, p. 61 ss.

[108] Ainsi l'analyse faite du droit fribourgeois des constructions, dont il ressort qu'il y a une certaine autonomie pour l'élaboration des plans et règlements, mais qu'il n'y en a pas pour l'octroi des permis de construire ; sur la compétence particulière en revanche, le TF a simplement examiné si l'interprétation de la loi déniant la compétence communale était soutenable : ATF 102 I a), p. 162 ss « commune de Villars-sur-Glâne ». Ce libre examen est toutefois implicite ; cf. MEYLAN, p. 115.

Notre Cour suprême semble pratiquer d'une manière analogue à propos de la *portée* de l'autonomie : elle se range à l'avis, s'il n'est pas insoutenable, des autorités cantonales sur l'étendue de la surveillance qu'elles prétendent exercer, mais elle revoit ensuite librement si l'autonomie communale a été violée parce que l'Etat aurait excédé son pouvoir de surveillance. Là encore, le Tribunal fédéral se donne sans doute ce plein pouvoir parce que cette conception de la violation de l'autonomie résulte de sa jurisprudence [109]. Il interviendra donc si le canton a exercé en réalité un pouvoir d'appréciation alors qu'il s'était reconnu limité au contrôle de la légalité, ou encore s'il n'a pas respecté la latitude de jugement que conférait à la commune une règle du droit communal [110]. Enfin, lorsque l'Etat commet simplement un abus de son pouvoir d'appréciation, nous ne voyons guère en quoi ce grief se distingue de celui de l'arbitraire, sous l'angle duquel on retombe donc [111].

En revanche, le Tribunal fédéral s'est presque toujours refusé [112] à étendre son pouvoir d'examen, en admettant une violation de l'autonomie communale dès que le canton interprète ou applique faussement le *droit communal*, sans pour autant tomber dans l'arbitraire. Dans un seul arrêt commune de Saint-Moritz, datant de 1965 [113], il s'était reconnu un plein pouvoir d'examen à cet égard, sans en indiquer les raisons d'ailleurs, pour remettre en question cette jurisprudence peu après [114] et la modifier à la première occasion [115], en décidant d'examiner à nouveau l'application du droit communal sous l'angle restreint de l'arbitraire [116].

Lorsqu'il exerce un contrôle de la *légalité*, le canton peut donc imposer impunément une interprétation erronée de son droit, comme de celui de la

---

[109] Cf. ci-avant, p. 159 ss.

[110] Comparer par exemple ATF 101 I a), p. 261 s. « commune de Ritzingen », où la question de la portée de la surveillance est examinée sous l'angle de l'arbitraire, et ATF 97 I, p. 139 s. « commune de Malans », où l'existence d'une latitude de jugement en faveur de la commune est examinée librement. Cf. dans le même sens MEYLAN, p. 116 et la jurisprudence citée.

[111] Cf. ATF 102 I a), p. 171 s. « commune de Wollerau » et ATF 102 I a), p. 176 ss « commune de Zermatt », où le point de vue du canton est revu sous l'angle de l'arbitraire, son pouvoir de surveillance s'étendant en l'espèce à l'opportunité.

[112] Contrairement à la solution préconisée par IMBODEN, *Gemeindeautonomie*, p. 103 ; cf. ATF 89 I, p. 114 « commune de Speicher ».

[113] *Zbl.*, 1965, p. 398, arrêt du 28 avril 1965.

[114] ATF 92 I, p. 376 « commune de Celerina ».

[115] ATF 93 I, p. 431 « commune de Zuchwil ».

[116] Cette jurisprudence n'a pas été modifiée depuis ; cf. ATF 100 I a), p. 85 « commune de Montana » ; cf. toutefois l'arrêt « commune de Saint-Moritz » du 19 novembre 1975 (*Zbl.*, 1976, p. 58 ss, cité ci-après note 133).

commune, tant que cette interprétation n'est pas insoutenable [117]. Il n'y a que deux exceptions : l'existence d'une *latitude de jugement* en faveur de la commune dans l'interprétation de son propre droit [118] et le motif pris par le canton d'une *norme constitutionnelle* pour annuler un acte communal censé lui être contraire [119]. Dans ces deux cas, le pouvoir d'examen que se reconnaît le Tribunal fédéral est libre.

Citons enfin le cas des *principes généraux du droit constitutionnel,* comme la protection de la bonne foi, le principe de la non-rétroactivité ou celui de la proportionnalité. La commune peut certes invoquer leur violation à l'appui d'un recours pour violation de son autonomie [120]. Mais bien qu'il s'agisse de principes non écrits de l'ordre constitutionnel, le Tribunal fédéral n'en revoit l'application par l'autorité cantonale que sous l'angle de l'arbitraire, sauf si le principe est invoqué en relation avec une norme constitutionnelle *spéciale* fédérale ou cantonale elle-même soumise à libre examen [121]. Comme la plupart des conflits d'autonomie sont jugés par le Tribunal fédéral sous l'angle de l'arbitraire, on en déduira que la protection que ces principes peuvent offrir aux communes n'est que limitée.

Le fait que la plupart des motifs invoqués par les communes sont examinés sous le seul angle de l'arbitraire explique certainement que bien peu de recours sont admis quant au fond [122]. On peut ainsi trouver dans les prononcés du Tribunal fédéral des considérants relevant que les arguments juridi-

---

[117] Sur la notion d'arbitraire, cf. par exemple ATF 102 I a), p. 3 s.

[118] Cf. ci-avant, p. 160 s.

[119] Par exemple ATF 101 I a), p. 392 ss « commune de Hünenberg ».

[120] Cf. ci-après, p. 195.

[121] ATF 102 I a), p. 71 s. « commune de Bergün » (en l'espèce principe de la non-rétroactivité) et la jurisprudence citée. Cf. dans le même sens GRISEL, *Droit public non écrit. Droits constitutionnels, principes constitutionnels, règles générales,* in *Gedenkschrift für Max Imboden,* Bâle, 1972, p. 139 ss.

[122] Dans les arrêts publiés de 1974 et de 1975, il n'y a que deux cas de recours admis : ATF 100 I a), p. 287 ss « commune scolaire de Küsnacht » et ATF 102 I a), p. 175 ss « commune de Zermatt » (examiné sous l'angle de l'arbitraire). Pour la même période, nous n'avons trouvé que deux arrêts non publiés où la commune a eu gain de cause : un arrêt du 18 septembre 1974 « commune de Maienfeld » (cf. ATF 101 I a), p. 427 ss « Gugelberg » pour le même litige) et un arrêt du 7 mai 1975 « commune de Montana » (admis pour violation du droit de la commune à être entendue). Il faut enfin ajouter l'arrêt « commune de Saint-Moritz » du 19 novembre 1975 (*Zbl.,* 1976, p. 58 ss), partiellement admis. En revanche, entre 1976 et 1978, six arrêts au moins ont été rendus admettant le recours de la commune : ATF 102 I a), p. 399 ss « commune de Breganzona » (TI) ; ATF 102 I a), p. 564 ss « commune de Meggen » (LU) ; ATF 103 I a), p. 182 ss « commune de Savognin » (GR) ; ATF 103 I a), p. 468 ss « commune de Lugano » (TI) ; arrêt du 13 juillet 1977 « commune de Davos » (GR), *Zbl.,* 1977, p. 544 ss ; arrêt du 25 janvier 1978 « commune de Salgesch (VS), *Zbl.,* 1978, p. 248 ss.

ques de la commune ont sans doute un certain poids, mais qu'ils ne suffisent pas à rendre la position de l'Etat insoutenable [123]. Lorsque leur recours est rejeté pour ce motif, les communes auront souvent pour seule consolation de voir le Tribunal fédéral renoncer à prélever des frais de justice [124] ! Il ne faut pas cependant méconnaître l'effet instructif que peuvent avoir de tels prononcés sur la pratique cantonale [125].

2. *Le plein pouvoir d'examen*

Tout d'abord, le Tribunal fédéral revoit librement l'interprétation des règles *constitutionnelles* sur l'autonomie et les compétences communales. Mais nous savons qu'il s'agit le plus souvent de principes très généraux ou de règles de compétence trop vagues, que le canton ne transgressera que rarement [126]. Les arrêts où notre Cour suprême a pu déclarer pratiquer ce libre examen sont fort rares [127]. Notons à ce sujet que le Tribunal fédéral ne prétend pas, s'agissant de l'autonomie, s'imposer la retenue qu'il observe habituellement lorsqu'il s'agit d'interpréter des règles constitutionnelles d'organisation [128].

Ensuite, le Tribunal fédéral revoit librement l'interprétation que le canton a donnée d'*autres dispositions constitutionnelles* — fédérales ou cantonales — dans l'exercice de son pouvoir de surveillance. L'arrêt commune de Hunenberg [129] illustre bien cette hypothèse : tranchant librement [130], le Tribunal fédéral a jugé que le canton avait à bon droit annulé les dispositions

---

[123] ATF 101 I a), p. 264 ss « commune de Taesch » (VS) (cons. 4 non publié).

[124] Conformément à l'art. 156, al. 2 LOJ, pour autant que leur intérêt pécuniaire ne soit pas en cause.

[125] Cf. à ce sujet B. Knapp, *Le recours de droit public, facteur d'unification des droits cantonaux et d'émiettement du droit fédéral, in* « Les voies de recours au Tribunal fédéral », *RDS*, 1975, II, p. 207 ss (qui ne traite toutefois pas de la jurisprudence en matière d'autonomie).

[126] Cf. toutefois ATF 96 I, p. 374 et note 133 ci-après.

[127] Cf. ATF 100 I a), p. 93 « commune de Bassersdorf ».

[128] Cf. à ce sujet Aubert, N° 1723. Cf. toutefois ATF 92 I, p. 376 « commune de Celerina ».

[129] ATF 101 I a), p. 393 ss.

[130] Sauf sur la portée de la surveillance, examinée sous l'angle de l'arbitraire (p. 395 de l'arrêt précité).

d'un règlement communal de cimetière qui était incompatible avec la liberté de conscience et de croyance, ainsi qu'avec l'article 4 de la Constitution fédérale.

Il faut enfin citer le célèbre arrêt commune de Flims [131]. C'est à cette occasion que le Tribunal fédéral a étendu le champ de l'autonomie à l'interprétation de certaines notions indéterminées du droit communal, lorsqu'elles doivent être appliquées en fonction de circonstances locales. Le texte de l'arrêt contient, formellement du moins, une contradiction interne au sujet du pouvoir d'examen. Dans le second considérant, le Tribunal fédéral déclare comme à l'accoutumée qu'il ne peut examiner l'application du droit communal autonome par la juridiction cantonale compétente que sous l'angle restreint de l'arbitraire. Au quatrième considérant en revanche, le Tribunal fédéral expose sa conception de la *latitude de jugement* qu'il entend reconnaître à la commune : il en fait une compétence fondée directement sur le principe même de l'autonomie. Il en déduit que si la commune ne commet pas une violation du droit en exerçant ce pouvoir d'appréciation, l'autorité cantonale ne doit pas lui substituer sa propre conception, même si elle n'est pas arbitraire, car l'autorité cantonale se rendrait coupable d'un excès de son pouvoir de contrôle incompatible avec la nature de l'autonomie communale. Pour décider si la commune dispose bien d'une latitude de jugement en l'espèce, notre Cour suprême s'accorde alors un pouvoir d'examen libre, qu'elle justifie par le fait que cette compétence de la commune découle directement du principe constitutionnel de l'autonomie, et qu'au surplus la police des constructions entre en principe dans les compétences garanties constitutionnellement aux communes par le droit cantonal grison [132].

Nous constaterons pour terminer qu'à la lecture de certains arrêts du Tribunal fédéral, on a l'impression que celui-ci a plutôt tranché le litige avec un plein pouvoir d'examen, mais sans le dire, voire en déclarant que son pouvoir d'examen se limitait à l'arbitraire, conformément à la jurisprudence [133].

---

[131] ATF 96 I, p. 369 ss. Cf. la vive critique qu'il a suscitée de la part du tribunal administratif des Grisons (*Zbl.*, 1972, p. 158-162). Cf. également ZIMMERLI, p. 268 s.

[132] Ce qui n'est pas évident : l'art. 40, al. 2 Const. GR prévoit simplement que le droit à l'autonomie comprend la police locale.

[133] Cf. par exemple l'arrêt « commune de Saint-Moritz » du 19 novembre 1975 (*Zbl.*, 1976, p. 58 ss) selon lequel le canton viole l'autonomie, lorsqu'il refuse à la commune les moyens juridiques de se prémunir de manière appropriée contre d'éventuels abus fondés sur des dispositions du droit communal approuvées par ce même canton ; en l'espèce, le TF a parlé d'une attitude contradictoire de l'autorité cantonale, certes, mais également de son inopportunité (cons. 5, p. 62 s.). Cf. également ATF 94 I, p. 548 ss « commune de Grandson », et MEYLAN, p. 117.

3. *L'extension du pouvoir d'examen*

Nous l'avons vu, la jurisprudence du Tribunal fédéral quant à son pouvoir d'examen est, sinon flottante, du moins fort compliquée. Son caractère restrictif lui a souvent été reproché [134]. Certains auteurs [135] préconisent que le Tribunal fédéral se reconnaisse un pouvoir de libre examen pour l'*ensemble* du contentieux de l'autonomie. Nous sommes prêt à les rejoindre, car cela simplifierait sans doute bien des choses, mais nous estimons que ce pas ne devrait être franchi qu'à l'occasion d'une révision d'ensemble de la juridiction constitutionnelle [136].

En attendant cette révision, on peut se demander si les solutions qui ont permis d'étendre à l'occasion le pouvoir d'examen sur les lois cantonales, dans le cadre de recours fondés sur d'autres droits constitutionnels, pourraient être transposées et s'appliquer aux litiges en matière d'autonomie communale. Nous ne le pensons pas. Ainsi, lorsque le Tribunal fédéral revoit librement le droit cantonal parce qu'il s'agit d'une *atteinte grave* aux libertés individuelles ou à la propriété [137] : nous ne voyons guère de quelle manière on pourrait déterminer, notamment à l'aide de quels critères, si une atteinte à l'autonomie communale est grave ou non [138]. De même, on sait que le Tribunal fédéral se reconnait un plein pouvoir d'examen lorsqu'il est saisi d'un recours pour violation des *droits politiques* des citoyens, pour autant qu'il s'agisse de l'interprétation ou de l'application de dispositions légales portant sur le contenu et d'étendue du droit de vote, autrement dit les formalités *essentielles* de l'exercice des droits politiques [139]. Là aussi, la règle serait bien difficile à transposer par analogie dans le domaine de l'autonomie communale ; le Tribunal fédéral se trouverait placé devant l'alternative de considérer que toute règle légale de compétence ou de surveillance concerne le champ ou la portée du droit à l'autonomie, ou de se livrer au périlleux exercice qui consiste à rechercher les éléments essentiels de ce droit et retomber ainsi dans les difficultés inhérentes à la détermination d'un contenu institutionnel de l'autonomie [140].

---

[134] MEYLAN, p. 117 ; IMBODEN, *Gemeindeautonomie*, p. 105 ; ZWAHLEN, p. 648.

[135] Ainsi MEYLAN, p. 118.

[136] Cf. ci-après, p. 196 ss.

[137] ATF 99 I a), p. 251 pour la définition jurisprudentielle de cette notion. Cf. également MOSER, p. 188 ; KÖLZ, *op. cit.* (note 105 ci-avant), p. 32 et 45 s.

[138] Sur les difficultés d'interprétation que pose la notion d'atteinte grave, cf. KÖLZ, *op. cit.* (note 105 ci-avant), p. 46 et sa note 69.

[139] Cf. MOSER, p. 190.

[140] Cf. ci-avant, p. 155 s.

A défaut de pouvoir appliquer à l'autonomie les solutions jurisprudentielles dégagées à propos d'autres droits constitutionnels, il nous paraît que le Tribunal fédéral pourrait toutefois se reconnaître sans trop de difficulté un pouvoir de libre examen sur un élément précis et caractéristique du contentieux de l'autonomie : l'étendue de la surveillance de l'Etat. En effet, chaque fois que le canton juge qu'il est en droit d'étendre son pouvoir de contrôle à l'appréciation, il restreint considérablement la portée de l'autonomie, et le Tribunal fédéral ne pourra jamais revoir que sous l'angle limité de l'arbitraire la décision prise en vertu de ce pouvoir étendu [141]. C'est notamment le cas lorsque l'autorité cantonale invoque l'intérêt général ou des intérêts régionaux pour étendre son contrôle, sans se fonder sur une disposition précise [142]. Certes, l'examen de notre Cour suprême demeurerait limité à l'arbitraire lorsque l'étendue de la surveillance résulte de dispositions légales claires. En revanche, si les textes sont obscurs ou muets, le Tribunal fédéral reverrait librement les motifs invoqués par le canton pour étendre son contrôle à l'appréciation [143]. A l'occasion de ce libre examen, le Tribunal fédéral vérifierait d'abord le principe même de la portée de la surveillance, la manière dont celle-ci est exercée étant ensuite revue le cas échéant sous l'angle du principe de la proportionnalité. En outre, il ferait largement intervenir dans son plein examen la pratique cantonale. Aussi devons-nous reconnaître que les avantages de notre proposition seraient souvent annihilés par le fait que les pratiques cantonales en matière de surveillance sur les communes se sont solidement établies depuis le siècle dernier déjà.

---

[141] Cf. ci-avant, p. 187.

[142] Cf. ci-avant, p. 150 ss.

[143] Dans le cas où le canton déclarerait s'en tenir à la légalité, mais émettrait en réalité des considérations d'opportunité, d'une part cette question est examinée librement, d'autre part un tel excès du pouvoir de surveillance serait arbitraire, selon la jurisprudence actuelle (cf. ci-avant, p. 187).

Section IV

L'accès de la commune aux juridictions publiques fédérales en général

Il convient encore d'examiner dans quelle mesure la commune, en dehors des cas où elle fonde un recours de droit public sur son autonomie ou la garantie de son existence, peut de façon générale accéder aux juridictions fédérales de droit public : la juridiction *constitutionnelle* pour attaquer des actes cantonaux, et la juridiction *administrative* pour contester des décisions de l'administration fédérale ou des cantons fondées sur le droit fédéral.

1. *L'accès à la juridiction constitutionnelle*

Lorsque l'occasion s'en présente, le Tribunal fédéral ne manque pas de rappeler sa jurisprudence sur la qualité de titulaire de droits constitutionnels admis à les faire valoir par un recours de droit public : la fonction essentielle de cette voie de droit est de protéger les particuliers contre les abus des pouvoirs publics, si bien que les personnes détentrices de la *puissance publique,* lorsqu'elles l'exercent tout au moins, ne méritent pas cette protection. Ce principe ne souffre qu'une seule exception, celle de la commune qui peut prétendre faire respecter son autonomie. Dans toutes les autres circonstances, ni la commune, ni les autres personnes publiques, à commencer par les cantons [144], ne peuvent saisir le Tribunal fédéral du grief d'inconstitutionnalité d'un acte cantonal [145]. On peut cependant déceler çà et là dans cet édifice des brèches, anciennes ou récentes.

a) *Le recours de la commune en tant qu'elle est assimilée à un particulier*

Remarquons en premier lieu que, très logiquement, une jurisprudence constante autorise les collectivités et autres personnes publiques à former un recours de droit public lorsqu'elles se trouvent dans la même situation que des particuliers, soit lorsqu'un acte étatique les atteint dans certains *intérêts*

[144] ATF 99 I a), p. 110 ss « Etat de Neuchâtel ».

[145] ATF 103 I a), p. 63 s. « commune de Ritzingen » ; cf. également MACHERET, p. 190 ; MEYLAN, p. 105.

privés [146]. Lorsqu'elle agit en tant que collectivité [147] titulaire de droits privés, la commune peut donc soulever les mêmes griefs que n'importe quelle personne morale de droit privé. Elle pourra ainsi se plaindre d'une violation de la liberté du commerce et de l'industrie dans la mesure où elle exploite comme un particulier un établissement commercial ou industriel, un restaurant par exemple. En revanche, la protection de ce même droit constitutionnel lui sera refusée si l'activité commerciale ou industrielle en cause implique l'usage de prérogatives de puissance publique, par exemple en matière de distribution d'eau ou d'électricité [148].

En pratique, l'hypothèse la plus fréquente dans laquelle la commune est assimilée à un particulier se présente lorsqu'elle invoque une atteinte à son droit de propriété sur tel élément de son patrimoine [149]. Nous avons déjà dit dans un autre contexte [150] qu'établir la frontière entre les activités publiques et privées de la commune peut faire difficulté [151]. En particulier, une jurisprudence récente [152] semble admettre que, lorsque la commune se présente devant le juge constitutionnel comme une personne privée, les intérêts qu'elle entend faire protéger recouvrent en réalité des intérêts dont le caractère public est plus ou moins prononcé, même si la commune n'use pas à proprement parler de sa puissance publique. Il y a là une brèche que le Tribunal fédéral a laissé s'entrouvrir dans la systématique des conditions du recours de droit public. Il faut à coup sûr approuver cette protection accrue de la commune, plus spécialement lorsqu'elle s'applique à un domaine — la gestion des biens communaux — indispensable à l'accomplissement de nombreuses tâches publiques de la commune. On peut cependant se demander si c'est bien sous cet angle que la brèche devrait être pratiquée [153].

---

[146] Arrêt « Etat de Neuchâtel » précité, p. 111 ; ATF 97 I, p. 640 s. « commune de Pully » avec références à la jurisprudence.

[147] Sur la notion qui nous paraît plus neutre d'organisation, cf. MACHERET, p. 190. L'art. 88 LOJ parle de « collectivité », alors que l'art. 103 litt. c) LOJ mentionne les « organisations » pour le recours accordé par la loi en matière administrative (cf. ci-après, p. 204).

[148] Ainsi ATF 96 I, p. 382 s. « commune de Wil » ; principe rappelé dans ATF 97 I, p. 519 « commune de Romanel ».

[149] Soit le patrimoine financier (biens privés) et le patrimoine administratif (biens affectés à des services publics), mais en principe pas le domaine public (biens affectés à l'usage commun). Cf. ci-avant, p. 175 ss.

[150] Cf. ci-avant, p. 175 ss.

[151] En pratique, la commune invoquera souvent à la fois la violation de son autonomie et celle d'intérêts privés, découlant par exemple de la garantie de la propriété.

[152] ATF 97 I, p. 640 ss « commune de Pully » ; cf. ci-avant, p. 176.

[153] MOOR, p. 1641, relève que la comparaison ainsi faite entre deux intérêts publics pour décider lequel est le plus digne de protection est peu familière dans la pratique juridictionnelle suisse.

b) *Le recours de la commune en tant que personne publique*

On constate d'autre part l'existence d'une seconde brèche. Lorsqu'elles agissent en qualité de détentrices de la puissance publique, les communes, mais elles seules, peuvent soulever un certain nombre de griefs fondés sur des *droits ou principes constitutionnels,* pour autant qu'elles le fassent à l'appui d'un recours pour violation de leur autonomie [154]. Cela revient à considérer que le droit à l'autonomie comprend celui de faire respecter d'autres droits ou principes fondamentaux. Ce ne sont toutefois pas tous les droits des citoyens que la commune peut de la sorte invoquer *préjudiciellement,* mais seulement ceux qui ont un caractère *institutionnel* [155], comme l'égalité devant la loi, le principe de la séparation des pouvoirs ou celui de la force dérogatoire du droit fédéral, ou encore les *principes généraux non écrits* dégagés par la jurisprudence, tel celui de la proportionnalité [156].

A propos du déni de justice formel, on relèvera que le Tribunal fédéral admet désormais [157] que les communes bénéficient d'un *droit d'être entendues* lorsque leur autonomie est en cause, droit qui découle directement du principe même de l'autonomie, ainsi que de la garantie de l'existence [158]. Dans ce cas, le Tribunal fédéral, après avoir examiné si la commune est réellement autonome dans le domaine considéré, se saisit directement du grief fondé sur le droit d'être entendu ; s'il le déclare fondé, il admet le recours et n'entre pas en matière sur la question d'une éventuelle violation de l'autonomie [159].

Lorsque l'on songe à l'extension importante que le Tribunal fédéral a donnée au champ de l'autonomie [160], il faut reconnaître que les communes bénéficient ainsi d'une protection juridictionnelle non négligeable en matière constitutionnelle, avec cette précision toutefois que la limitation du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral relègue, trop souvent selon nous, la plupart des

---

[154] ATF 103 I a), p. 196 s., cons. 4 b) « commune de Moosseedorf » ; ATF 102 I a), p. 166 « commune de Villars-sur-Glâne » ; ATF 98 I a), p. 431 « commune de Cully ». Cf. MEYLAN, p. 111.

[155] Cf. ci-avant, p. 184. La commune ne peut en revanche se prévaloir de la liberté du commerce et de l'industrie par exemple (arrêt « commune de Moosseedorf » précité, p. 195, cons. 4).

[156] Cf. ci-avant, p. 188 s.

[157] Pour la première fois dans ATF 96 I, p. 237 « commune de Bachs » ; cf. en outre *Zbl.*, 1976, p. 60, arrêt « commune de Saint-Moritz », du 19 novembre 1975.

[158] Dans le même sens, MEYLAN, p. 161, note 20.

[159] Ainsi dans un arrêt non publié « commune de Montana » du 7 mai 1975.

[160] Qui peut comprendre désormais des tâches déléguées ou soumises à un contrôle étendu, cf. ci-avant, p. 129 ss.

recours fondés sur les divers motifs que nous venons de citer au rang d'un simple recours pour arbitraire.

Cette seconde brèche présentait d'ailleurs une ouverture beaucoup plus large autrefois : pendant longtemps, le Tribunal fédéral avait admis sans autre de nombreux recours de communes agissant en tant que titulaires de la puissance publique et se fondant à titre indépendant sur la violation de droits constitutionnels des citoyens. Les droits invoqués étaient généralement ceux découlant de l'article 4 ou du principe de la séparation des pouvoirs, mais aussi la liberté de croyance ou la garantie de la propriété [161]. Dans un arrêt [162], unique il est vrai, le Tribunal fédéral avait même admis que la commune pouvait invoquer tout autre droit constitutionnel. Nous savons qu'il est revenu en arrière et qu'il a retiré à la commune le droit d'invoquer à titre principal un grief autre que celui de l'autonomie.

Comme de nombreux auteurs, nous ne pouvons le suivre sur ce point [163]. La position de notre Cour suprême va dans le sens d'une conception *individualiste* du recours de droit public [164]. Cette conception, qui était dominante, se trouve aujourd'hui mise en cause par une partie de la doctrine qui propose que la voie du recours constitutionnel soit également conçue comme une institution *communautaire* [165], destinée à assurer le respect objectif de l'ordre juridique. Cette solution permettrait notamment de rendre compte de la pluralité structurelle de l'Etat.

c) *Vers une conception plus large du recours constitutionnel*

Quand bien même l'interprétation traditionnelle des dispositions fédérales d'organisation judiciaire [166] paraît donner raison au Tribunal fédéral, nous ne voyons rien dans ces dispositions qui excluerait une interprétation plus large. Cette interprétation ferait de la répartition de la puissance publique entre l'Etat et d'autres personnes publiques une *garantie institutionnelle non écrite,* au même titre que la séparation des pouvoirs dans les cantons. Le

---

[161] Cf. sur cette jurisprudence antérieure MEYLAN, p. 106 et les arrêts cités ; MATTER, p. 19.

[162] ATF 45 I, p. 129 « commune de Lucerne ».

[163] Cf. les critiques de MACHERET, p. 195 s. ; MEYLAN, p. 110 s. ; MATTER, p. 50 s. MOOR, p. 1640 s. pense au contraire qu'une transposition des solutions dégagées à propos des restrictions apportées aux libertés individuelles n'est pas possible.

[164] Sa mission essentielle étant la protection des droits fondamentaux des citoyens contre les abus de l'Etat : ATF 99 I a), p. 110 « Etat de Neuchâtel ».

[165] Cf. MACHERET, p. 136 ss, p. 195 s. et p. 203 ss, dont c'est la thèse principale.

[166] Art. 113, al. 1, ch. 1 Const. ; art. 84 litt. a) et 88 LOJ.

Tribunal fédéral justifie son interprétation restrictive en faisant de la défense de l'autonomie communale le seul intérêt juridique d'un titulaire de la puissance publique qui mérite sa protection. Or, si l'on considère comme nous que le principe même de toute décentralisation contient implicitement la reconnaissance d'*intérêts publics distincts* de ceux de la collectivité supérieure et un *droit limité* de les faire respecter, il faut bien admettre que ces intérêts publics peuvent être également jugés dignes de protection. En revanche, il faudrait à notre avis exclure la possibilité pour le juge constitutionnel de se prononcer sur des contestations entre deux autorités d'une seule et même personne publique, à tout le moins lorsqu'elles sont en rapport de subordination [167].

De fait, s'agissant de l'activité communale, la question doit être aussi posée sur ce plan plus général. En tant qu'élément de la décentralisation *politique*, les communes doivent sans conteste pouvoir exiger le respect de cette institution, car il s'agit d'un principe constitutionnel d'organisation. Mais si le Tribunal fédéral voulait se montrer rigoureusement logique, il devrait protéger séparément l'autonomie qui en résulte et celle dont les communes peuvent jouir en tant qu'éléments de la décentralisation *administrative* [168]. Il deviendrait alors plus délicat d'expliquer en quoi les intérêts publics de la commune qui est administrativement autonome sont dignes de protection, alors que ceux d'autres personnes publiques décentralisées [169] ne le sont pas, quelle que soit l'importance du pouvoir de décision qui leur est par ailleurs reconnu, en d'autres termes quelle que soit leur autonomie. On nous répondra que, même lorsque la commune agit en qualité de simple organisme administratif autonome, elle demeure cette collectivité particulière qu'il faut privilégier en raison de son rôle politique essentiel [170]. Nous admettons volontiers que cette opinion puisse être défendue, dans la mesure où elle

---

[167] La question est différente lorsqu'il s'agit d'autorités indépendantes en vertu de la séparation des pouvoirs ; cf. MACHERET, p. 194, à propos du recours du canton, par son gouvernement, contre une décision de ses propres tribunaux ; ses conclusions nous paraissent justes.

[168] Dans ce sens, MEYLAN, p. 91 et 96 : la commune pourra défendre la seconde en se réclamant du principe de la séparation des pouvoirs (lorsque la législation qui les concerne n'est pas respectée par l'exécutif). Pour nous, la difficulté principale réside alors dans la distinction nécessaire entre un domaine propre et un domaine délégué.

[169] On pense à une université, un musée cantonal, un établissement de droit public industriel ou commercial. Cf. également les cas de l'association des étudiants d'une université et d'un syndicat d'améliorations foncières, auxquels le TF avait dénié un droit à l'autonomie (ci-avant, p. 177 ss).

[170] Cf. ci-avant, p. 173. C'est d'ailleurs ce que fait le projet de Const., art. 109, al. 1, litt c, en prévoyant expressément le recours à la juridiction constitutionnelle pour violation de l'autonomie communale.

a permis à la jurisprudence d'étendre au domaine des tâches étatiques de plus en plus fréquemment déléguées aux communes la protection constitutionnelle de l'autonomie communale. Il nous paraît effectivement beaucoup moins justifiable de concéder à toute personne publique décentralisée un tel droit constitutionnel à l'autonomie, au sens de la jurisprudence actuelle.

Il reste qu'il n'est pas satisfaisant que les personnes publiques décentralisées, de même que la commune qui n'est pas en situation d'invoquer son autonomie, soient entièrement privées de moyens juridictionnels pour défendre leurs compétences contre les abus du pouvoir supérieur. Les intérêts publics distincts que ces personnes représentent justifient qu'on les rende titulaires de certains droits constitutionnels, notamment ceux dont le contenu n'a pas un caractère exclusivement individualiste et qui garantissent le respect de certaines institutions de l'Etat de droit. Comme d'autres avant nous [171], nous citerons d'une part les *droits découlant de l'article 4* — égalité de traitement, interdiction de l'arbitraire, droit d'être entendu — en raison de la *gravité* de l'atteinte qu'ils supposent, et d'autre part des *garanties politiques ou institutionnelles* comme la séparation des pouvoirs et le principe de la force dérogatoire du droit fédéral. Dans les deux cas, la personne publique recourante devrait faire valoir qu'elle est atteinte dans les intérêts publics dont elle a la charge [172].

Il nous paraît en revanche plus difficile de concilier avec les textes en vigueur la reconnaissance d'un droit de la commune, sinon d'autres titulaires de la puissance publique, d'invoquer la violation des *libertés individuelles* [173].

Dans cette conception plus large, au lieu de laisser apparaître des brèches ouvertes au profit des seules communes, l'édifice de notre juridiction constitutionnelle aurait un pan entier affecté aux conflits essentiels qui peuvent s'élever au sein des cantons entre les différents détenteurs de la puissance publique. Pour sa part, la commune bénéficierait de la sorte d'une protection juridictionnelle étendue à l'ensemble de ses activités, à l'exception toutefois des tâches qu'elle accomplit dans le cadre d'une simple déconcentration de l'administration cantonale [174]. Par ailleurs, dans la mesure où une partie

---

[171] MEYLAN, p. 110 ; MACHERET, p. 195.

[172] Lesquels constitueraient à notre sens les intérêts juridiquement protégés dont la lésion est exigée par la jurisprudence. A propos de l'art. 4 Const., cf. MEYLAN, p. 110 : sa violation peut être invoquée à propos de n'importe quel intérêt personnel juridiquement protégé.

[173] Cf. MEYLAN, p. 110 et s., qui n'exclut pas ce droit et se réfère à la jurisprudence développée à propos du recours des tiers pour violation de la garantie de la propriété (inaugurée dans ATF 94 I, p. 139 ss « Zarotti »).

[174] Dans la mesure où il est possible de les distinguer, lorsque c'est la commune en tant que telle qui en est chargée et non pas une autorité ou des agents communaux, cf. ci-avant, p. 39.

du contentieux de l'autonomie communale continuerait à se confondre avec celui de l'arbitraire, en raison de la limitation apportée par le Tribunal fédéral à son pouvoir d'examen, notre Cour suprême aurait moins de réticence à admettre que les communes soient autonomes dans certaines circonstances, par exemple dans l'application du droit cantonal [175]. Enfin, l'exclusivité un peu choquante dont la commune bénéficie présentement en étant seule admise à saisir la juridiction constitutionnelle serait à juste titre supprimée au profit des autres personnes décentralisées.

Comme on l'a relevé récemment [176], cet élargissement du cercle des intérêts protégés par le recours de droit public serait en meilleure harmonie avec une conception moderne de l'Etat de droit, mais cette extension devra vraisemblablement passer par la voie de la révision des règles sur l'organisation judiciaire [177]. Au reste, de lege ferenda, il serait également concevable de restituer au recours de droit public son caractère individualiste, en attribuant à une autre voie de droit, aménagée à cet effet, le contentieux des personnes publiques [178].

2. *L'accès à la juridiction administrative* [179]

Le recours au juge administratif fédéral tend à l'annulation ou la modification d'un acte de l'administration fédérale ou des cantons qui viole le droit public fédéral [180]. La qualité pour le former, s'agissant d'une collectivité publique, pose souvent des problèmes analogues à ceux évoqués à propos de la juridiction constitutionnelle. Dans le champ d'application qu'il reçoit ordinairement, en effet, ce recours a été également conçu comme une voie destinée à protéger des intérêts particuliers, et non comme un droit objectif à

---

[175] Cf. ci-avant, p. 140 ss.

[176] MACHERET, p. 203.

[177] En particulier la définition légale de la qualité pour agir (art. 88 LOJ). Une autre question se pose encore pratiquement : le risque réel de surcharge du Tribunal fédéral ; l'obstacle ne paraît pas insurmontable au regard des fins poursuivies.

[178] Cf. MACHERET, p. 196, qui cite la voie existante de la réclamation de droit public (cf. ci-avant, p. 90), sans se prononcer. Quant au projet de Const. (art. 109, al. 4), il laisse ouverte la question, en prévoyant que la juridiction constitutionnelle du TF pourra être étendue par la voie légale à d'autres contestations de droit public que celles qu'il mentionne dans le même article.

[179] Cette question a été récemment traitée très en détail, aussi bien en droit cantonal qu'en droit fédéral, par KÖLZ (cf. bibliographie).

[180] Sur cette notion telle que développée par la jurisprudence du TF, cf. MACHERET, p. 146, note 43.

exiger le respect de l'ordre juridique [181]. Précisons encore qu'il s'exerce soit sous la forme du recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral, soit sous celle du recours administratif auprès du Conseil fédéral [182].

Que ce soit dans la loi sur l'organisation judiciaire ou dans celle sur la procédure administrative [183], la qualité pour recourir est définie en termes presque identiques. Dans le cas ordinaire, est admis à recourir quiconque est atteint par la décision incriminée et a un intérêt digne de protection à la faire annuler ou modifier. En outre, peut également recourir toute personne, organisation ou autorité qui y est habilitée par une disposition spéciale de la loi. Nous allons donc examiner dans quel cas la commune remplit les conditions du droit commun, puis celles résultant de dispositions spéciales [184].

a) *La qualité de la commune pour recourir selon le droit commun*

Comme pour le recours constitutionnel, la jurisprudence se fonde sur l'idée que le recours pour violation du droit fédéral a été institué avant tout en faveur des particuliers et que le recours des personnes publiques doit demeurer *exceptionnel.* Aussi cette jurisprudence exige-t-elle que la commune soit *touchée* comme un particulier, ou de façon analogue, et qu'elle puisse se prévaloir d'un *intérêt digne de protection* [185].

L'application de cette définition jurisprudentielle n'est pas aisée, d'où certains flottements qui subsistent encore. Dans la mesure où l'on peut dissocier les notions d'atteinte et d'intérêt digne de protection, la question de l'atteinte ne pose pas de problème particulier [186]. Il reste en revanche à déterminer quand la commune fait valoir un intérêt qui mérite d'être protégé.

Ce qui est en tous les cas acquis, c'est que la commune, tout comme un particulier d'ailleurs, ne peut jamais recourir pour le seul motif que l'*intérêt général* n'a pas été respecté [187]. Dans le même ordre d'idée, lorsque la com-

---

[181] Sauf habilitation légale spéciale et expresse : ATF 100 I a), p. 281 « commune de Lens ».

[182] Le TF étant au bénéfice d'une clause générale de compétence depuis la révision de la LOJ en 1968. Sur la juridiction administrative fédérale en général, cf. GRISEL, p. 464 ss, 494 ss ; MACHERET, p. 143 ss.

[183] Art. 103, litt. a) et c) LOJ et 48, litt. a) et b) LPA.

[184] Cf. sur le même sujet MACHERET, p. 197 ss (recours des personnes publiques) et KÖLZ, p. 105 ss (recours de la commune).

[185] Cette notion est plus large que celle de l'intérêt juridiquement protégé valable pour le recours de droit public et peut comprendre de simples intérêts de fait ; cf. à ce sujet MACHERET, p. 158 ss ; GRISEL, p. 477 ss, 503 ss.

[186] Cf. MACHERET, p. 160 s.

[187] Cf. l'arrêt cité notre 181 et ATF 99 I b), p. 214 « commune de Sent ». C'est au contraire le cas prévu par l'art. 103, litt. c) LOJ et par l'art. 48, litt. b) LPA (recours spécial, cf. ci-après, p. 204.

mune se présente uniquement en tant qu'organe d'exécution de l'administration cantonale soumis au pouvoir hiérarchique, elle ne saurait contester une décision prise par son supérieur hiérarchique [188]. En revanche, lorsque la commune est lésée dans ses droits patrimoniaux et qu'elle remplit par ailleurs les autres conditions pour agir, son recours sera recevable [189]. Elle pourra par exemple s'en prendre à des décisions fondées sur le droit fédéral qui lui refusent une subvention, qui la frappent d'un impôt, ou qui lui imposent des dépenses [190]. C'était apparemment le seul cas admis initialement par le Tribunal fédéral [191].

Actuellement, sinon le Tribunal fédéral, du moins le Conseil fédéral reconnaissent que la commune peut se prévaloir d'autres intérêts que ses intérêts patrimoniaux. De fait, sans que cela soit toujours dit clairement, ces intérêts de la commune consistent notamment à ne pas être entravée illicitement dans son activité autonome [192]. Plus généralement, dès lors que la commune a la responsabilité d'assumer une tâche publique déterminée, il se justifie qu'elle puisse recourir lorsqu'une décision fondée sur le droit fédéral l'empêche de la mener à bien, sans qu'il apparaisse absolument nécessaire que la tâche en question soit autonome [193].

Le Tribunal fédéral a été amené à dégager cette solution dans des litiges survenus à propos de l'application de la législation fédérale sur la protection des eaux [194] : une mesure cantonale ou fédérale fondée sur les règles en la matière, autorisation de décharge ou octroi d'un permis de construire par

---

[188] Arrêt « commune de Sent » précité, critiqué par Kölz, p. 107, note 57 (la décision attaquée était en l'espèce le prononcé d'un tribunal administratif).

[189] ATF 100 I a), p. 281 s. « commune de Lens », qui déclare en faire une limite et se réfère à la jurisprudence antérieure ; l'atteinte doit être directe. Plus récent : ATF 103 I b), p. 216 « commune de Berne » : la décision mettant à la charge de la commune une indemnité d'expropriation l'atteint dans son patrimoine financier.

[190] Ainsi *JAAC*, 1976, N° 11 (décision du Conseil fédéral du 12 novembre 1975). Cf. à ce sujet Kölz, p. 110 s. (pratique du Conseil fédéral).

[191] Cf. l'arrêt « commune de Lens » précité.

[192] *JAAC*, 1974, N° 105 (décision du Conseil fédéral du 1er mai 1974) ; à vrai dire, la jurisprudence du TF paraît être revenue en arrière dans l'arrêt « commune de Lens » précité ; comparer avec 98 I b), p. 416 s. « commune de Gordola ». Cf. également Kölz, p. 107.

[193] Le TF ne mentionne jamais la notion d'autonomie à propos du recours de droit administratif ; cf. en revanche la décision du Conseil fédéral du 1er mai 1974 (*JAAC*, 1974, N° 105, p. 80).

[194] Laquelle ne prévoit en effet aucun droit de recours spécial de la commune ; ATF 100 I a), p. 280 s. « commune de Lens » (à propos de l'élimination des ordures ménagères) et les arrêts cités note suivante.

exemple [195], peut être attaquée si elle est de nature à créer un risque de pollution, donc à compromettre ou rendre difficiles des tâches communales telles que l'approvisionnement en eau potable. Dans le même domaine, le Conseil fédéral a reconnu aux communes zurichoises le droit de recourir contre les décisions fixant les zones d'entreposage des carburants, pour le motif qu'elles sont responsables du bon fonctionnement de leur réseau de canalisations d'eaux usées et que ce réseau peut être perturbé selon les décisions prises en vertu de la réglementation d'entreposage de droit fédéral [196].

Pour sa part, le Conseil fédéral a par exemple admis que les compétences communales en matière de santé publique, plus particulièrement l'obligation qu'elles ont de lutter contre le bruit, autorisent la commune à contester les conditions d'une concession d'aéroport [197]. A propos d'une affaire analogue, il avait même déclaré recevable le recours de la commune au même titre que celui des riverains de l'aéroport, car la défense des intérêts de la population est l'une des tâches de la commune [198]. Enfin, toujours dans la jurisprudence du gouvernement fédéral, on trouve un cas relatif à l'application de la loi sur la circulation routière [199], où il a eu l'occasion de préciser les conditions auxquelles la commune peut recourir contre une décision cantonale réglementant le trafic, en l'espèce une limitation de vitesse. La commune peut dans ce cas agir à deux titres : d'une part en tant que personne privée, si elle est propriétaire ou locataire d'un immeuble touché par la mesure, d'autre part en tant que collectivité publique, si la mesure met en cause une artère communale ou porte préjudice à l'autonomie communale d'une autre manière, si elle impose des charges à la commune, ou si elle est préjudiciable à la circulation des véhicules communaux.

En dépit du fait que la qualité pour recourir est définie de manière analogue pour les deux voies de recours, la jurisprudence du Conseil fédéral apparaît actuellement comme plus extensive que celle du Tribunal fédéral [200]. Le Conseil fédéral tranche de cas en cas, en appréciant l'atteinte concrète dont se plaint la commune autant que sa qualité pour recourir dans le

---

[195] ATF 98 I b), p. 14 ss « commune de Gordola » (décharge) ; ATF 99 I b), p. 212 ss « commune de Sent » (permis de construire) ; arrêt non publié « commune de Mühlethurnen » du 29 octobre 1976 (refus de dérogation pour une construction).

[196] Décision du 1er mai 1974, *JAAC*, 1974, No 105 (p. 101).

[197] Décision du 15 mai 1974, *JAAC*, 1975, No 35 (p. 112).

[198] Décision du 11 septembre 1974, *JAAC*, 1975, No 35 (p. 112).

[199] Décision du 15 mai 1974, *JAAC*, 1975, No 4.

[200] MACHERET, p. 199 (note 210) ; plus affirmatif KÖLZ, p. 111 : « Die Praxis des Bundesrates ist bedeutend offener und gemeindefreundlicher » !

domaine en cause [201]. Les principaux domaines dans lesquels il a admis la recevabilité de recours formés par des communes sont les transports [202], l'énergie [203], la protection des eaux [204] et les décisions en matière de subventions fédérales [205]. Pour combler l'absence d'un droit légal de la commune à recourir, le Conseil fédéral a non seulement invoqué les responsabilités communales, mais il s'est également inspiré de la législation fédérale sur la protection de la nature et du paysage et du droit de recours qu'elle accorde à la commune [206]. Malgré l'insécurité qu'elle suppose, cette jurisprudence gouvernementale nous paraît devoir être approuvée, tant il est vrai que les communes sont les premières concernées, avec les particuliers, par les décisions prises dans les domaines que nous venons de citer.

En résumé, il semble que la qualité de la commune pour agir selon le droit commun ait tendance à être admise assez largement. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que, pour permettre cette extension, le droit positif a dû être pour le moins sollicité [207]. Comme pour le recours de droit public, il serait préférable d'établir des règles claires sur le droit de recours des personnes publiques en matière administrative [208]. Nous ajouterons qu'il nous paraît essentiel que la commune puisse exiger le respect du droit fédéral lorsque ses compétences sont en cause. L'importance croissante de la juri-

---

[201] Dans le même sens Kölz, p. 107, selon lequel le Conseil fédéral semble admettre tacitement que certaines lois fédérales présentent des lacunes, de même que la LPA.

[202] Chemins de fer : décision du 7 avril 1976, *JAAC*, 1976, N° 63 (texte de la décision *in* FF 1976 II, p. 1079 ss et p. 1092 ss ; recours de la commune d'Oberwald à propos de l'accès au tunnel de base de la Furka) ; qualité pour recourir admise pour des motifs de protection de la nature et du paysage. Trafic aérien : cf. les décisions citées p. 202 et notes 197 et 198 ci-avant.

[203] *JAAC* 1975, N° 94 (conduite souterraine de gaz naturel) ; *JAAC* 1976, N° 44 (ligne à haute tension) ; *JAAC*, 1976, N° 17 (ligne à courant fort), décision critiquée par Kölz, p. 110, note 76.

[204] Cf. le cas des zones d'entreposage de carburants cité ci-avant, p. 202 et note 196.

[205] *JAAC*, 1974, N° 60 (subsides d'améliorations foncières) ; *JAAC*, 1976, N° 11 (construction scolaire); *JAAC*, 1977, N° 87 (piscine couverte communale) ; la qualité pour recourir dans ces cas a été justifiée par l'atteinte à des intérêts patrimoniaux.

[206] Cf. ci-après, p. 204 et note 212. Le Conseil fédéral s'est en outre fondé sur les mêmes considérations pour admettre la qualité d'une commune pour recourir contre des mesures urgentes en matière d'aménagement du territoire (ce qui représente un changement de jurisprudence, cf. Kölz, p. 109) : *JAAC*, 1977, N° 42, décision du 27 septembre 1976 ; cela devrait pallier les insuffisances qui avaient conduit le Conseil fédéral à intervenir d'office contre une décision cantonale dans le même domaine, décision prise à l'encontre d'une commune et contre laquelle celle-ci n'avait pu recourir (affaire dite du Fextal, cf. ci-avant, p. 90).

[207] Macheret, p. 199.

[208] Voir les hypothèses possibles décrites par Macheret, p. 200 ss.

diction administrative fédérale doit être mise en rapport avec celle des nombreux domaines du droit public qui font déjà ou qui feront à l'avenir l'objet d'une législation fédérale [209]. On se souviendra d'autre part que de nombreuses lois fédérales n'excluent pas que les cantons confient une part de leur exécution aux communes [210] : celles-ci doivent être en mesure de faire respecter ces compétences au regard du droit fédéral.

b) *La qualité de la commune pour recourir selon des dispositions spéciales*

Nous sommes ici dans l'hypothèse où la commune reçoit de par la loi l'autorisation de former recours, sans avoir besoin d'invoquer un autre intérêt que l'intérêt général [211]. C'est notamment le cas en matière de protection de la nature et du paysage [212] et de droit de cité [213]. Le projet de loi fédérale sur l'aménagement du territoire [214] contenait également une telle prescription.

Le recours spécial de la commune ne présente guère de difficultés, sinon dans l'interprétation des dispositions spéciales : celles-ci se contentent parfois d'une formule vague pour désigner les *titulaires* du droit de recours [215], ou encore ne sont pas suffisamment explicites sur les *moyens* qui peuvent être invoqués sans sortir du cadre assigné au recours spécial. Cette dernière question s'est d'ailleurs posée à propos de l'article 12 de la loi sur la protection de la nature et du paysage [216], sur lequel se fondent, en pratique, la plupart des recours formés par des communes sur la base d'une habilitation spéciale. Nous avons vu de quelle manière extensive l'a résolue le Conseil fédéral, qui admet le motif tiré de cette protection pour déclarer recevables des recours communaux en matière d'implantation de chemins de fer et d'aménagement du territoire, alors même que des dispositions spéciales règlent ces domaines [217].

---

[209] Ainsi, dans un avenir prévisible, les législations fédérales sur l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement. Cf. également Kölz, p. 117, qui cite les compétences en matière de transports, énergie et planification.

[210] Cf. ci-avant, p. 106 ss.

[211] Grisel, p. 479 ; Macheret, p. 180.

[212] Art. 12, LF sur la protection de la nature et du paysage, du 1er juillet 1966 (RS 451). Cf. Kölz, p. 105 et la jurisprudence qu'il cite note 50, ainsi que ATF 98 I b), p. 15 s. « commune de Gordola ».

[213] Art. 52, LF sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse, du 29 septembre 1952 (RS 141).

[214] Art. 61, al. 1 du projet du 4 octobre 1974 (FF 1974 II, p. 816 ss).

[215] Cf. par exemple l'art. 20, al. 2 de la LF sur le séjour et l'établissement des étrangers, du 26 mars 1931 (RS 142.20), qui parle du canton et des autres intéressés.

[216] Cf. sur cette « dilatation » de l'art. 12 LPN : Macheret, p. 180 ss.

[217] Cf. ci-avant, p. 203, notes 202 et 206.

Conclusions

Cette étude sur les compétences des communes suisses et sur leur protection juridictionnelle se proposait d'apporter une contribution aux recherches de plus en plus nombreuses portant sur les pouvoirs locaux, plus particulièrement sur l'autonomie communale. Elle est bien loin de clore le débat. Il suffit de penser au constant foisonnement législatif, administratif et jurisprudentiel que nous offrent les vingt-six cantons et demi-cantons, avec la variété de solutions qui en découle. A cela s'ajoute l'apport essentiel de la jurisprudence du Tribunal fédéral en tant que juge constitutionnel, jurisprudence qui n'a cessé d'évoluer et qui n'est pas près de se figer. Le projet de révision totale de la Constitution fédérale et le débat public auquel il donne actuellement lieu remettent enfin en question la place des collectivités publiques dans notre Etat fédéral.

Nous avons dû aborder préalablement le problème de la structure de l'Etat. Nous avons acquis la conviction que toute décentralisation, qu'elle ait été créée de toutes pièces ou qu'elle reproduise une situation préexistante, représente une rupture essentielle au sein de l'Etat, alors que la déconcentration ne fait que renforcer l'unité de celui-ci. La décentralisation implique selon nous un droit, même limité, de faire valoir des compétences allant à l'encontre de l'Etat central. Dans la gamme des structures décentralisées, le passage à la décentralisation politique est un seuil important : le principe de la décentralisation est ancré dans la Constitution, il suppose une organisation démocratique et il autorise l'exercice d'une compétence générale résiduelle.

Dans tous les cantons suisses, la commune est l'instrument principal d'une décentralisation politique. En cela, elle ne se distingue pas qualitativement du canton par rapport à la Confédération. La commune joue également un rôle dans la décentralisation, ainsi que dans la déconcentration administratives des cantons et de la Confédération. Elle exerce donc une triple fonction, mais la distinction entre les compétences qui relèvent de l'une ou de l'autre est malaisée et doit être pratiquée de cas en cas. La distinction traditionnelle entre tâches propres et tâches déléguées a d'ailleurs perdu une bonne partie de l'importance qu'on lui attribuait.

A l'égard de la surveillance de l'Etat, les solutions cantonales sont très variées, allant d'un contrôle en principe limité à la légalité jusqu'à un con-

trôle général de l'opportunité. En l'absence de textes clairs, nous estimons que l'étendue de la surveillance cantonale doit être présumée limitée à la légalité, sauf survenance de circonstances exceptionnelles. De lege ferenda, une plus grande transparence des législations cantonales serait souhaitable.

Juridiquement, la commune est une institution de droit cantonal uniquement, bien que le droit fédéral la mentionne fréquemment. Il ne nous paraît pas opportun de lui donner un statut fédéral, ni même d'imposer à l'ensemble des cantons une organisation communale, en garantissant expressément l'autonomie communale dans la Constitution fédérale.

La principale protection juridictionnelle dont bénéficie la commune est celle que lui a conféré le Tribunal fédéral en admettant de se saisir de recours de droit public pour violation de l'autonomie communale, respectivement pour violation de la garantie de l'existence de la commune. Cette exception dans la conception individualiste de notre juridiction constitutionnelle est à l'origine d'une abondante jurisprudence. Nous approuvons pour notre part l'extension heureuse que le Tribunal fédéral a donné à la notion d'autonomie communale depuis une dizaine d'années : le critère de la « marge relativement importante de pouvoir de décision », s'il demeure imprécis, présente l'avantage d'être extrêmement souple et de s'adapter à une grande variété de situations possibles. Si nous avons quelques regrets à formuler, ce serait à propos de certaines réticences dont fait encore preuve notre Cour suprême. Nous pensons en particulier à une éventuelle autonomie communale dans l'interprétation de notions juridiques indéterminées du droit cantonal ou fédéral, du moins lorsqu'il s'agit d'apprécier des circonstances locales. Nous souhaitons également que le recours formé par la commune contre une atteinte indirecte à son autonomie, par des décisions de caractère financier notamment, soit plus largement reçu, de même que le recours du citoyen de la commune, ainsi que celui des associations de communes dans la mesure où elles présentent le caractère d'une collectivité publique. Enfin, bien qu'il s'agisse d'un problème plus général, l'étendue du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral se limite le plus souvent à l'arbitraire pour juger d'une éventuelle violation de l'autonomie communale : cet examen devrait se pratiquer librement, selon nous, à propos des motifs que l'Etat invoque pour étendre à l'opportunité son pouvoir de surveillance sans se fonder sur une disposition légale précise.

Notre étude nous a enfin amené à examiner les moyens juridictionnels de droit fédéral mis à la disposition des personnes publiques décentralisées en général, pour protéger leur autonomie. Interprétées à la lettre, nos dispositions fédérales d'organisation judiciaire et de procédure administrative restreignent par trop la qualité pour recourir de ces personnes publiques. Nous sommes pour notre part partisan d'une conception plus large et plus communautaire des voies de recours fédérales constitutionnelle et administrative.

Annexe
Lois cantonales sur les communes

Appenzell Rhodes-Extérieures (AR) :	Pas de loi sur les communes.
Appenzell Rhodes-Intérieures (AI) :	Pas de loi sur les communes.
Argovie (AG) :	Gesetz über die Organisation der Gemeinden und der Gemeinderäte, vom 26. November 1841 ; Gesetz über die ausserordentliche Gemeindeorganisation, vom 15. Mai 1962. (Actuellement en révision, cf. le projet adopté en première lecture par le Grand Conseil le 19 novembre 1974.)
Bâle-Campagne (BL) :	Gesetz über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden, vom 28. Mai 1970.
Bâle-Ville (BS) :	Gemeindegesetz, vom 6. Juli 1916.
Berne (BE) :	Loi sur les communes, du 20 mai 1973.
Fribourg (FR) :	Loi sur les communes et paroisses, du 19 mai 1894 (en révision).
Genève (GE) :	Loi sur l'administration des communes, du 3 juillet 1954.
Glaris (GL) :	Gesetz über das Gemeindewesen, vom 6. Mai 1956.
Grisons (GR) :	Gemeindegesetz, vom 28. April 1974.
Lucerne (LU) :	Gemeindegesetz, vom 9. Oktober 1962.
Neuchâtel (NE) :	Loi sur les communes, du 21 décembre 1964.
Nidwald (NW) :	Gesetz über Organisation und Verwaltung der Gemeinde (Gemeindegesetz), vom 28. April 1974.
Obwald (OW) :	Pas de loi sur les communes.
Saint-Gall (SG) :	Gesetz über die Organisation und Verwaltung der Gemeinden und Bezirke (Organisationsgesetz), vom 29. November 1947 (en révision).
Schaffhouse (SH) :	Gesetz über das Gemeindewesen für den Kanton Schaffhausen (Gemeindegesetz), vom 9. Juli 1892.
Schwytz (SZ) :	Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke, vom 29. Oktober 1969.

Soleure (SO) :	Gemeindegesetz, vom 27. März 1949.
Tessin (TI) :	Legge organica comunale, del 1º marzo 1950.
Thurgovie (TG) :	Gesetz über die Organisation der Gemeinden und das Bürgerrecht, vom 4. April 1944.
Uri (UR) :	Pas de loi sur les communes.
Valais (VS) :	Loi sur le régime communal, du 2 juin 1851 (les articles 69 à 83 Const. sur le régime communal ont été révisés le 4 juillet 1975, et adoptés en votation populaire le 28 septembre 1975 ; une loi sur les communes est en préparation).
Vaud (VD) :	Loi sur les communes, du 28 février 1956.
Zoug (ZG) :	Gesetz betr. das Gemeindewesen, vom 20. November 1876 ; Gesetz betr. die Einführung der ausserordentlichen Gemeindeorganisation, vom 5. Mai 1960.
Zurich (ZH) :	Gesetz über das Gemeindewesen, vom 6. Juni 1926.
Jura (JU) :	Pas encore de loi sur les communes, mais celle-ci est prévue par les art. 110 ss de la constitution du 20 mars 1977.

Bibliographie

La liste que nous donnons ci-dessous ne comprend que les principaux ouvrages ou articles que nous avons cités. D'autres ont été mentionnés directement dans nos notes. Pour une bibliographie exhaustive, nous nous permettons de renvoyer le lecteur aux rapports de MM. MEYLAN et JAGMETTI à la Société suisse des juristes (rapports cités ci-dessous). Nous avons toutefois mentionné dans notre bibliographie ou dans nos notes les références postérieures à 1971.

AUBERT Jean-François : *Traité de droit constitutionnel suisse,* 2 vol., Paris / Neuchâtel, 1967.

— « Essai sur le fédéralisme » in *Revue internationale du droit public et de la science politique en France et à l'étranger,* Paris, 1963 (cité *Fédéralisme*).

BAUMANN Margrit : *Die Legitimation des Gemeinwesens zur staatsrechtlichen Beschwerde,* thèse, Zurich, 1955.

BRIDEL Marcel : *Précis de droit constitutionnel et public suisse,* t. I et II, Lausanne, 1965 / 1959.

BUCLIN Pascal : *L'activité communale,* thèse, Fribourg, 1950.

BUERGIN Markus : *Die Gemeindeautonomie im Kanton Basel-Landschaft,* thèse, Bâle, 1968.

BUETIKOFER Gottfried : *Die Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden. Ein Beitrag zur Lehre von der Gemeindeautonomie unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts,* thèse, Zurich, 1950.

CARDIS François : *Fédéralisme et intégration européenne,* Lausanne, 1963.

EISENMANN Charles : *Centralisation et décentralisation,* Paris, 1948.

FLEINER Fritz / GIACOMETTI Zaccaria : *Schweizerisches Bundesstaatsrecht,* Zurich, 1949 (refonte de l'ouvrage de F. Fleiner), (cité GIACOMETTI, *Bundesstaatsrecht*).

FORSTHOFF Ernst : *Lehrbuch des Verwaltungsrechts,* I, Allg. Teil, 10e, Munich, 1973.

GEIGER Willi : *Die Gemeindeautonomie und ihr Schutz nach schweizerischem Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Selbstverwaltung,* thèse, Saint-Gall, 1950.

GIACOMETTI Zaccaria : *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone,* Zurich, 1941.

GRISEL André : *Droit administratif suisse,* Neuchâtel, 1970.

HUBER Hans : Compte rendu bibliographique (F. ERMACORA), in *ZBJV*, 1964, p. 339.

— « Die staats- und verwaltungsrechtliche Rechtssprechung des Bundesgericht im Jahre 1963 », in *ZBJV*, 1964, p. 389 ss.

IMBODEN Max / RHINOW René A. : *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, vol. I, « Allgemeiner Teil », 5e édition, Bâle / Stuttgart, 1976 (cité IMBODEN).

IMBODEN Max : « Gemeindeautonomie und Rechtsstaat », in *Festschrift für Zaccaria Giacometti*, Zurich, 1953 (cité *Gemeindeautonomie*).

JAGMETTI Riccardo : « Die Stellung der Gemeinden », rapport à la Société suisse des juristes, in *RDS*, 1972, II, p. 225 ss.

KELSEN Hans : *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925 (reproduction mécanographique, Zurich, 1966).

KÖLZ Alfred : « Die Beschwerdebefugnis der Gemeinde in der Verwaltungsrechtspflege », in *Zbl.*, 1977, p. 97 ss.

LAUBADÈRE André de : *Traité élémentaire de droit administratif*, t. I., 5e, Paris, 1970.

LAUTENSCHLAGER Hans : *Die Staatsaufsicht über die Selbstverwaltungskörper im allgemeinen, sowie unter besonderer Berücksicht des St. Gallischen Rechtes*, thèse, Fribourg, 1929.

— *Le fédéralisme réexaminé / Foederalismus Hearings*, vol. III, édité par la Fondation pour la collaboration confédérale à Soleure, Zurich, 1973 (cité *Le fédéralisme réexaminé*).

LIVER Peter : « Gemeinderecht », in *Zbl.*, 1949, p. 40 ss.

MACHERET Augustin : « La qualité pour recourir : clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral », in *Les voies de recours au Tribunal fédéral*, Centenaire du Tribunal fédéral, *RDS*, 1975, II, p. 131 ss.

MATTER Hans Peter : *Die Legitimation der Gemeinde zur staatsrechtlichen Beschwerde*, thèse, Berne, 1965.

METTLER Max : *Das Zürcher Gemeindegesetz*, Wädenswil, 1969.

MEYLAN Jacques : « Problèmes actuels de l'autonomie communale », rapport à la Société suisse des juristes, in *RDS*, 1972, II, p. 1 ss.

MOOR Pierre : « La garantie de l'autonomie communale », in *Revue internationale du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1974.

MOSER Hans-Peter : « Die Kognition des Bundesgerichts bei der Beurteilung staatsrechtlicher Beschwerden », in *Zbl.*, 1971, p. 185 ss.

NIEMEIER Hans : *Bund und Gemeinden. Aktuelle Organisations-, Finanz- und Verfassungsprobleme*, Berlin, 1972.

RIVERO Jean : *Précis de droit administratif*, 3e, Paris, 1965.

SALADIN Peter : *Grundrechte im Wandel*, Berne, 1970.

SIGG Hanspeter : *Der eigene und der übertragene Wirkungsbereich der Gemeinde im Kanton Zürich,* thèse, Zurich, 1964.

VEDEL Georges : *Droit administratif,* 5e, Paris, 1973.

VIELI Georg Anton : *Bundesstaat und Selbstverwaltung,* thèse, Berne, 1953.

WAHLEN F. T. Groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale. Rapport final du groupe de travail, VI, Berne, 1973.

WOLFF Hans J. : *Verwaltungsrecht,* t. II, « Organisations- und Dienstrecht », 3e, Munich et Berlin, 1970.

ZIMMERLI Ulrich : « Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Gemeindeautonomie », in *Zbl.,* 1972, p. 257 ss.

ZWAHLEN Henri : « L'autonomie communale à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse », in *Mélanges Marcel Bridel,* Lausanne, 1968.

Table des matières

Avant-propos 7

Table des abréviations 9

Première partie

LA PLACE DE LA COMMUNE DANS L'ÉTAT

Chapitre I **La décentralisation en général** 13

Section I *La notion juridique de décentralisation* 14

1. Définition 14
2. Décentralisation et déconcentration 15
3. Les effets juridiques de la décentralisation 17
4. Les critères de la décentralisation 19
   a) La personnalité de droit public 19
   b) Absence d'un pouvoir discrétionnaire de contrôle 20
   c) Le critère subsidiaire de la protection juridictionnelle 24
5. La décentralisation dans la doctrine 25

Section II *Les modalités de la décentralisation* 27

1. Les compétences décentralisées 27
2. Les titulaires 30
   a) Organisation interne 30
   b) Garantie de l'existence 31
3. L'exercice des compétences décentralisées 32

Section III *La décentralisation politique* 33

1. Définition 33

2. Les critères de la décentralisation politique 33
   a) Organisation démocratique 33
   b) Pouvoir législatif propre 34
   c) Compétence générale résiduelle 34
   d) Norme constitutionnelle 35

Section IV *La décentralisation dans le droit positif suisse* 36

1. La décentralisation par services 36

2. La décentralisation territoriale 37
   a) Droit fédéral 37
   b) Droit cantonal 38

3. La déconcentration au niveau local 39
   a) Délégation à la commune 39
   b) Délégation à des personnes élues 40

Chapitre II **La décentralisation territoriale des cantons : les communes** 41

Section I *Les communes* 42

1. La commune politique 42

2. La garantie de l'existence des communes 45
   a) La garantie institutionnelle 45
   b) La garantie particulière 46

3. Les autres types de communes 49

Section II *Les compétences communales* 50

1. Généralités 51

2. La fonction mise en œuvre 52
   a) Les compétences législatives 52
   b) Les compétences administratives 55
   c) Les compétences judiciaires 56

3. Les catégories de tâches communales 56
a) Les tâches propres à la commune 56
b) Les tâches corporatives 57
c) Les tâches obligatoires et facultatives 57

4. Le partage des compétences 59
a) Le partage au niveau constitutionnel 59
b) Le partage au niveau de la loi 61
c) Les modalités essentielles du partage 63
d) La garantie du partage 64

5. L'exercice des compétences communales 65
a) La surveillance sur les communes 66
b) La protection juridictionnelle des compétences communales 69

Section III *Organisation communale, décentralisation politique et décentralisation administrative* 70

1. Les communes dans la décentralisation politique . . 70
2. Les communes dans la décentralisation administrative 72

Section IV *Les tâches propres et les tâches déléguées* 73

1. Les notions de domaine propre et de domaine délégué 74
2. La distinction dans le droit positif des cantons . . . 75
3. Les critères de distinction 76
a) Les tâches historiques ou traditionnelles 76
b) Les tâches « locales » 77
c) La portée du contrôle étatique 78
d) Autres critères 78
4. Utilité pratique de la distinction 79

Section V *La décentralisation par les communes et le fédéralisme* 80

1. La notion de fédéralisme 81
2. Le statut juridique des cantons au sein de la Confédération 82

3. Parallèle entre le statut des cantons et celui des communes 85
a) Les compétences 85
b) Le partage des compétences 86
c) L'autonomie constitutionnelle 87
d) La surveillance 89
e) La protection juridictionnelle 90
f) Le droit à l'existence 91
g) Les droits de participation 92

Chapitre III **La Confédération et les communes** 95

Section I *Les communes dans la Constitution fédérale* 96

1. Les dispositions constitutionnelles fédérales relatives aux communes 96
2. La décentralisation par les communes, principe constitutionnel fédéral ? 98
3. La décentralisation par les communes, principe constitutionnel cantonal 101

Section II *Les communes dans la législation fédérale* 103

1. Les catégories de lois fédérales selon le lien créé entre Confédération et communes 103
a) Absence d'un lien réel 103
b) Lien apparaissant comme nécessaire 104
c) Lien apparaissant comme facultatif 106
2. Le contenu possible des dispositions fédérales sur les communes 108
3. Autres relations entre la Confédération et les communes 111

Section III *D'un éventuel statut fédéral des communes* 113

Deuxième partie

LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA COMMUNE

Chapitre I **L'autonomie communale** 119

Section I *La notion d'autonomie* 120

1. La notion d'autonomie des personnes publiques . . . 120

2. Définition de l'autonomie communale 120

Section II *Le champ de l'autonomie communale* 122

1. Le champ de l'autonomie selon la doctrine 123

a) Le champ dit « naturel » de l'autonomie 123
b) Les tâches historiques ou traditionnelles 123
c) Le caractère local de la tâche 124
d) La compétence exclusive 125
e) L'absence d'un contrôle de l'appréciation 126
f) La doctrine récente 127

2. Le champ de l'autonomie dans la jurisprudence du Tribunal fédéral 127

a) L'ancienne jurisprudence 128
b) La jurisprudence actuelle 129

3. L'autonomie dans le droit positif des cantons . . . 131

Section III *L'autonomie communale selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral* 133

1. Le champ de l'autonomie législative 134

a) La réglementation communale en l'absence de normes cantonales 134
b) Réglementation communale concurrente 136

2. Le champ de l'autonomie administrative 139

a) L'autonomie dans l'application du droit communal 140
b) L'autonomie dans l'application du droit cantonal ou fédéral 140

Section IV *La portée de l'autonomie* 144

1. Les limites résultant de l'ordre juridique en général . 145

2. Les limites découlant des compétences cantonales ou fédérales 147

3. Les limites découlant du pouvoir de surveillance . . 149

a) Le contrôle de la légalité 149

b) Le contrôle de l'opportunité 150

Chapitre II **Les violations de l'autonomie communale** 153

Section I *Les violations résultant de la loi* 154

1. La violation de la garantie institutionnelle 155

2. Autres violations possibles 156

Section II *Les violations résultant d'actes cantonaux d'application* . 158

1. Les atteintes possibles 158

2. Les atteintes illicites selon la jurisprudence du Tribunal fédéral 159

Section III *Les violations indirectes de l'autonomie* 162

1. L'atteinte indirecte à l'autonomie 162

2. L'atteinte indirecte à l'existence de la commune . . 164

Chapitre III **Les voies de droit ouvertes à la commune** 167

Section I *La protection juridictionnelle des communes en droit cantonal* 168

1. La protection contre les actes de l'administration . . 169

2. La protection contre les prononcés sur recours contre des décisions communales 171

Section II *Le recours de droit public pour violation de l'autonomie communale* 172

1. L'autonomie en tant que droit constitutionnel 173
2. Le recours de la commune 174
3. Le recours des autres corporations publiques du droit cantonal 177
4. Le recours des particuliers 181

Section III *Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral en matière d'autonomie communale* 185

1. Le pouvoir d'examen limité à l'arbitraire 186
2. Le plein pouvoir d'examen 189
3. L'extension du pouvoir d'examen 191

Section IV *L'accès de la commune aux juridictions publiques fédérales en général* 193

1. L'accès à la juridiction constitutionnelle 193
   a) Le recours de la commune en tant qu'elle est assimilée à un particulier 193
   b) Le recours de la commune en tant que personne publique 195
   c) Vers une conception plus large du recours constitutionnel 196
2. L'accès à la juridiction administrative 199
   a) La qualité de la commune pour recourir selon le droit commun 200
   b) La qualité de la commune pour recourir sur la base de dispositions spéciales 204

Conclusions 205

Annexe : Lois cantonales sur les communes 207

Bibliographie 209

Table des matières 213

Achevé d'imprimer
sur les presses de l'Imprimerie Vaudoise
à Lausanne
en décembre mil neuf cent soixante-dix-huit

Imprimé en Suisse